Der Rechtsvorschlag nach schweizerischem Sch. K. G.

*

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Vœgeli, Fürsprecher,
von Zauggenried, Bern

1931 — Buchdruckerei H. Gerber, Schwarzenburg

Der Rechtsvorschlag nach schweizerischem Sch. K. G.

*

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Hans Vœgeli, Fürsprecher,
von Zauggenried, Bern

1931 — Buchdruckerei H. Gerber, Schwarzenburg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Frau

gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0057

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1
§ 1. Der Begriff des Rechtsvorschlages 1

I. ABSCHNITT: Die Bestandteile des Rechtsvorschlages

§ 2. Die Voraussetzungen 3
I. Externe Veranlassung 3
II. Interne Veranlassung 4
A. Aus materiellrechtlichen Gründen 4
B. Aus betreibungsrechtlichen Gründen 4
III. Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsvorschlages 6

§ 3. Formen 7
I. Mündlichkeit 7
A. Beim Postbeamten 7
B. Beim Betreibungsamt 8
C. Die telephonische Rechtsvorschlagserklärung . . 10
II. Schriftlichkeit 11

§ 4. Die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages 14
I. Beginn der Frist 14
II. Einfluß von Art. 66 Al. 5 und Art. 32 auf die Berechnung der Frist 16
III. Einfluß von Betreibungsferien und Rechtsstillstand (Art. 56 ff., spez. Art. 63) auf die Rechtsvorschlagsfrist . . . 20
IV. Beweis der Rechtzeitigkeit der Rechtsvorschlagserklärung 22
V. Die dreitägige Rechtsvorschlagsfrist 22

§ 5. Inhalt 23
I. Allgemeines 23
II. Beispiele 27
A. Als gültige Rechtsvorschläge sind angenommen worden 28
B. Ungültige Erklärungen 30
III. Der Vergleichsvorschlag im Rechtsvorschlag . . . 32
IV. Abänderung des Rechtsvorschlages während der Frist . 34

§ 6. Legitimation 35
I. Aktivlegitimation 35
A. Der betriebene Schuldner 35
B. Die Stellvertretung 39

§ 7. Die Funktionen des Betreibungsamtes 42

§ 8. Wirkungen 45
I. Betreibungsrechtliche Wirkung 45
II. Materiellrechtliche Wirkung 47

II. ABSCHNITT: Verschiedene Arten des Rechtsvorschlages

§ 9. Teilweiser Rechtsvorschlag 49
I. Inhalt 49
II. Wirkung 50
III. Beispiele 51

§ 10. Der nachträgliche Rechtsvorschlag 53
I. Voraussetzungen 54
II. Frist 57
III. Wirkung 58
IV. Verfahren 59

§ 11. Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung 61
I. Voraussetzung 62
II. Frist 63
III. Form 63
IV. Inhalt 64
V. Legitimation 67
A. Aktivlegitimation 67
B. Die Funktionen des Betreibungsamtes 67
VI. Verfahren 68
VII. Materiellrechtliche Voraussetzungen der Bewilligung . 70
VIII. Wirkung 80
A. Bei Bewilligung des Rechtsvorschlages . . . 80
1. Ohne Hinterlegung 80
2. Mit Hinterlegung 80
B. Die Verweigerung 82

§ 12. Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens auf Grund eines Verlustscheins 85

§ 13. Der Rechtsvorschlag in der Arrestbetreibung und in der Betreibung für Miet- und Pachtzins 89
I. Der Rechtsvorschlag in der Arrestbetreibung . . . 89
II. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung für Miet- und Pachtzins 90

§ 14. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung auf Pfandverwertung . 91
I. Im Allgemeinen 91
II. Stellung des Dritteigentümers 93

Literaturverzeichnis

Blumenstein, Prof.: Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechts.
Brunner: Das Rechtsöffnungsverfahren. Diss. Bern 1898.
Des Hayes: Poursuite pour Dettes et Faillites.
Grünhut: Wechselrecht.
Heuberger, Oberrichter: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, mit Erläuterungen.
Jaeger, Bundesrichter: Das BG betr. Schuldbetreibung und Konkurs, 3. vollständig neu bearbeitete Ausgabe.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechtes.
Leemann: Der schweizerische Verlustschein.
Lienhard: Die Grundzüge einer bernischen Notariatsreform.
Martin, Prof.: Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et Faillites.
Meili: Internationales Konkursrecht.
Overbeck, Prof.: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht systematisch dargestellt.
Reichel, Bundesrichter: Das SchKG mit Verweisungen.
Riemer: Die Wechselbetreibung nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1923/24.
Staub: Wechselrecht.
Weber und Brüstlein: Das BG über Schuldbetreibung und Konkurs, für den praktischen Gebrauch erläutert (1. und 2. Auflage).

Zeitschriften und Gesetze

A	=	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, herausgegeben von Dr. Brüstlein und Dr. Brand, Bern.
BG	=	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts.
KG	=	Entscheidungen von Kantonsgerichten.
M	=	Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht, herausgegeben von E. Keller und P. Wolfensberger, Zürich.
Revjud.	=	Journal des Tribunaux et Revue Judiciaire. Poursuite pour Dettes.
R	=	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Zivilrechts des Bundes; Beilage der Zeitschrift für schweizerisches Recht.
Semjud.	=	Semaine Judiciaire.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
ZBJ	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZBZ	=	Zeitschrift für schweizerisches Betreibungs- und Konkursrecht, sowie Zivilprozeß; herausgegeben von E. Keller, P. Wolfensberger und Dr. Pedotti, Zürich.
ZH	=	Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich).
ZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (n. F.).
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht.
SchKG	=	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz von 1889.
T	=	Gebührentarif zum SchKG vom 1. Mai 1891.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht.
VZG	=	Verordnung des Bundesgerichtes über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

Wo in der vorliegenden Arbeit bei Verweisungen auf bestimmte Gesetzesartikel das betreffende Gesetz nicht angegeben ist, bezieht sich das Zitat auf das SchKG.

Einleitung

§ 1. Der Begriff des Rechtsvorschlages

Der Rechtsvorschlag ist eine vom Betriebenen oder von dessen Vertreter nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsamt abgegebene, vom Gesetz mit besondern Rechtswirkungen versehene Erklärung. Aus dieser Erklärung muß hervorgehen, daß die in Betreibung gesetzte Forderung oder ein Teil derselben oder das Recht des Betreibenden, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestritten wird (Art. 69 Z. 3 und 74 Al. 1 u. 2). Der Rechtsvorschlag stellt deshalb eine gesetzlich vorgesehene Art des Widerspruchs des Betriebenen gegenüber dem ihm zugestellten Zahlungsbefehl dar. Dieser Widerspruch ist jedoch nur unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen zulässig. In allen andern Fällen des Widerspruchs gegen eine Verfügung des Betreibungsamtes hat sich der Betriebene gemäß Art. 17 ff. bei den Aufsichtsbehörden zu beschweren. [1]

Das Institut des Rechtsvorschlages findet seine Begründung in der Natur und der Aeußerung des Betreibungsverfahrens selbst. Ein Betreibungsverfahren kann angehoben werden, ohne daß der Betriebene vorher hinsichtlich der Schuldpflicht zu Worte kommt und ohne daß überhaupt das Vorhandensein einer Verpflichtung in irgend einer Weise festgestellt, d. h. bewiesen zu werden braucht. So ist umgekehrt auch unerläßlich, daß der Betriebene mindestens nach angehobenem Verfahren seine Einwände in materieller und formeller Beziehung geltend machen kann. [2]

Für diese Einwendungen sieht das Gesetz das Institut des Rechtsvorschlages vor. Der Rechtsvorschlag ist jedoch nicht das einzige Mittel, durch welches das Gesetz ein gewisses Gegengewicht gegen den rein formellen, eine sachliche Prüfung ausschließenden Charakter der Betreibungsanhebung schaffen und den Betriebenen in Stand setzen will, eine Vollstreckung auf Kosten des materiellen Rechts, sei es endgültig, sei es vor-

[1] Blumenstein, Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechts, 1911, S. 246.

[2] Blumenstein, a. a. O. S. 246.

läufig, abzuwenden. Auch die unter dem Drucke der betreibungsrechtlichen Situation bezahlte Nichtschuld muß zurückgefordert werden können.[3] Diesem Zweck dienen die Aberkennungsklage, der Nachweis der Tilgung oder der Stundung der Schuld samt Zinsen und Kosten (Art. 85) und die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage (Art. 86). Den zuletzt genannten Mitteln ist, im Gegensatz zum Rechtsvorschlag, die große Freiheit bezüglich der Zeit der Geltendmachung gemeinsam, da sie teils jederzeit im Laufe des Verfahrens (Nachweis der Tilgung oder Stundung), teils während einer gewissen Frist nach Beendigung des Verfahrens (Rückforderungsklage) geltend gemacht werden können. Der Rechtsvorschlag aber ist an die sehr knappe Frist von 10 Tagen, von der Zustellung des Zahlungsbefehls an gerechnet, gebunden. Jedoch bietet das Institut des Rechtsvorschlages dem Schuldner in anderer Beziehung wesentliche Vorteile. Mit einer einfachen, formellen Erklärung kann er die Einstellung der Betreibung bewirken.[4] Dabei hat sich der Schuldner nach keiner Richtung hin festgelegt, indem er in einem nachfolgenden Verfahren jederzeit neue Einreden vorbringen kann (Art. 75).

Der Rechtsvorschlag ist ein rein betreibungsrechtliches Institut. Wie sich das Schuldbetreibungsrecht überhaupt schwer einem andern Rechtsgebiet einfügen läßt, so auch der Rechtsvorschlag. Es handelt sich hier um ein Rechtsgebiet sui generis und um ein ihm eigenes Institut.[5]

[redacted]

[3] v. Overbeck, Schuldbetreibung und Konkurs nach schw. Recht, S. 54.
[4] Martin, Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite. S. 56.
[5] Blumenstein, a. a. O. S. 2 f.

I. Abschnitt:
Die Bestandteile des Rechtsvorschlages

§ 2. Die Voraussetzungen [1]

I. Externe Veranlassung

Da der Rechtsvorschlag einen Widerspruch der Betreibung gegenüber darstellt, kann er nur erhoben werden, wenn ein betreibungsrechtliches Verfahren überhaupt eingeleitet, d. h. wenn dem Betriebenen ein Zahlungsbefehl zugestellt worden ist. [2] Einer vor diesem Zeitpunkt durch den Schuldner oder dessen Vertreter abgegebenen Erklärung kann deshalb nie die Bedeutung eines Rechtsvorschlages zukommen. [3] Leitet der Gläubiger für die nämliche Forderung, für die er bereits einen Zahlungsbefehl erwirkt hat, eine neue Betreibung ein, so hemmt ein gegenüber dem früheren Zahlungsbefehl erhobener Rechtsvorschlag die neue Betreibung nicht. Der Rechtsvorschlag gilt stets nur für die betreffende Betreibung und ist deshalb gegen jeden neuen Zahlungsbefehl von neuem zu erheben. [4]

Der Betriebene wird durch den Zahlungsbefehl in keiner Weise verpflichtet, Rechtsvorschlag zu erheben. An die Unterlassung des Rechtsvorschlages wird jedoch die Folge geknüpft, daß der Gläubiger Fortsetzung der Betreibung verlangen kann. Wie der Gläubiger für den Bestand seiner Forderung keinen Beweis zu erbringen hat, um Betreibung anzuheben, ebensowenig braucht der Betriebene die Begründetheit des von ihm erhobenen Rechtsvorschlages darzutun. [5]

Der Gesetzgeber bestimmt, worauf der Wille des Betriebenen bei Erhebung des Rechtsvorschlages gerichtet sein muß, welche Gründe genügen, um einen Rechtsvorschlag als gültig erscheinen zu lassen. Es ist jedoch nicht notwendig, daß diese Gründe in der Rechtsvorschlagserklärung erwähnt werden, da

[1] Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung ist einem besondern Paragraphen (§ 11) vorbehalten.
[2] Blumenstein, a. a. O. S. 246/7.
[3] Blumenstein, a. a. O. S. 246/7.
[4] BG 39 I 268.
[5] Blumenstein, a. a. O. S. 247.

diese ordentlicherweise keiner Begründung bedarf. Sofern aus der Erklärung des betriebenen Schuldners nichts Gegenteiliges hervorgeht, wird vermutet, daß ihr die nach Gesetz maßgebenden Gründe innewohnen.[6]

II. Interne Veranlassung

Der Rechtsvorschlag muß nicht nur auf ein äußeres Moment, den zugestellten Zahlungsbefehl, sondern auch auf ein internes zurückgehen, das entweder materiellrechtlicher oder betreibungsrechtlicher Natur ist.[7]

A. Aus materiellrechtlichen Gründen

wird Rechtsvorschlag erhoben, wenn der Betriebene die Forderung selbst oder einen Teil derselben bestreiten will (Art. 69 Z. 3). Es handelt sich bei einer solchen Bestreitung entweder um den Bestand der Forderung oder um ihre Fälligkeit, oder aber um die Behauptung nachträglicher Aufhebung. Dazu gehört auch der Fall der Bestreitung eines vom Gläubiger behaupteten Pfandrechtes.[8] Nach neuerer Praxis[9] wird diese Bestimmung auch auf allfällige Rechte Dritter ausgedehnt. Dadurch ist der Dritteigentümer im Betreibungsverfahren zur Partei geworden; auch er kann unter bestimmten Voraussetzungen Rechtsvorschlag erheben.[10]

B. Aus rein betreibungsrechtlichen Gründen[11]

kann ein Rechtsvorschlag nur dann erhoben werden, wenn der Betriebene dem Gläubiger das Recht bestreiten will, die Forderung oder einen Teil derselben auf dem Betreibungswege geltend zu machen.[12] Dieses trifft in folgenden Fällen zu:

a. Wenn die sachliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes zur Anhebung der Betreibung für die betreffende Forderung verneint wird. So insbesondere dann, wenn der in Betreibung gesetzte Anspruch entweder von Gesetzes wegen überhaupt nicht Objekt der Schuldbetreibung sein kann (z. B. ein Anspruch, der nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung geht, Art. 38; wo das SchKG für die Verwertung von Gegenständen ein anderes Recht, z. B. das kantonale, vorbehalten hat, Art. 44; für die Geltendmachung von Forderungen der Pfandleihanstalten, wo die Bestimmungen des ZGB vorbehalten werden, Art. 45) oder die betreibungsrechtliche Geltendmachung aus speziellen Gründen gesetzlich ausgeschlossen

---

[6] BG 31 I 130.
[7] Blumenstein, a. a. O. S. 247.
[8] BG 52 III 35; Art. 85 VZG.
[9] BG 38 I 97; 41 III 53; 42 III 1; 42 III 16; 52 III 31.
[10] BG 25 I 70; 42 III 16; 42 III 68; 52 III 31.
[11] Blumenstein, a. a. O. S. 248 ff.
[12] BG 47 III 6.

wird (z. B. bei der Betreibung auf Grund einer Konkurs-Verlustscheinforderung, solange der Schuldner nicht zu neuem Vermögen gelangt ist (Art. 265; vgl. § 14); eine Forderung an einen im Ausland wohnenden Schuldner, die nicht unter Art. 50 SchKG fällt. Ist für die gleiche Forderung bereits früher eine Betreibung angehoben worden,[13] oder hat der Gläubiger vertraglich auf Anhebung einer Betreibung verzichtet, so kann der Schuldner auch in diesen Fällen die sachliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes durch Rechtsvorschlag bestreiten.[14]

Nicht hieher gehören diejenigen Verfügungen, welche nur durch Beschwerde anzufechten sind.[15] Der Schuldner will sich der betreibungsrechtlichen Vollstreckung widersetzen, weil er die gewählte Art, den Ort[16] oder die Zeit der Betreibung nicht für zutreffend hält (unrichtige Betreibungsart, Art. 38 und 41; Betreibung am unrichtigen Ort, Art. 46 und 50; Mangel der Fähigkeit des Betreibenden, selbständig Betreibung anzuheben, Art. 67; ungesetzliche Zustellung des Zahlungsbefehls, Art. 47; Unstatthaftigkeit der Betreibung zur Zeit infolge Rechtsstillstandes, Betreibungsferien oder Nachlaßstundung, Art. 56, 63 und 297; Notstundung, Art. 317 a ff.). In allen diesen Fällen handelt es sich nicht sowohl um Voraussetzungen der Anhebung einer Betreibung, als vielmehr um Mängel im Verfahren selbst.

b. Das Recht, den Anspruch auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, fehlt aber auch dann, wenn Gläubiger oder Betriebener nicht Subjekt einer Betreibung sein können, d. h. wenn ihnen die Legitimation zur Sache fehlt.[17]

Die Legitimation zur Sache besteht für den Gläubiger in der materiellrechtlichen Gläubigerqualität. Diese Eigenschaft kann jedermann besitzen, der nach den Bestimmungen der Zivilgesetzgebung imstande ist, Rechte zu haben. Sie ist deshalb gleichbedeutend der Rechtsfähigkeit und kommt allen physischen und allen juristischen Personen des eidgenössischen und kantonalen Rechtes (ZGB Art. 11 und 53) und den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (OR Art. 559 und 597) zu.[18] Der Betriebene, welcher die Rechtsfähigkeit des betreibenden Gläubigers bestreiten will, hat Rechtsvorschlag zu erheben, da er dem Betreibenden damit auch die Gläubigerqualität und die Fähigkeit abspricht, eine Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen.

---

[13] ZBJ 40. 469; SJZ XX. 105; A XI. 104.

[14] BG 39 I 83.

[15] Jaeger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 69 N. 12 B; Martin, a. a. O. S. 57.

[16] A XII. 77.

[17] Blumenstein, a. a. O. S. 249.

[18] Blumenstein, a. a. O. S. 146.

Die Legitimation zur Sache für den Schuldner, d. h. die Schuldnerqualität kommt nur einem rechtsfähigen Subjekt zu. (Ein Verein mit wirtschaftlichen Zwecken, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, besitzt diese Qualität nicht (Art. 52 OR), er kann nicht auf dem Schuldbetreibungswege belangt werden). Auch kann bestimmten juristischen Personen die Schuldnerqualität im Sinne des Gesetzes abgehen, sofern das SchKG für bestimmte Fälle auf sie nicht anwendbar erklärt wird (Art. 30). Dagegen steht es dem kantonalen Recht nicht zu, gewissen Personen die Schuldnerqualität ganz oder teilweise abzusprechen (z. B. für die Ehefrau, die kein eigenes Vermögen besaß. Mangels eines Rechtsvorschlages konnte die Betreibung durchgeführt werden, war aber materiell aussichtslos.) [19]

III. Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsvorschlages

Wer im allgemeinen über die Zulässigkeit eines Rechtsvorschlages entscheidet, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich (außer beim nachträglichen Rechtsvorschlag und bei demjenigen in der Wechselbetreibung). Es ist deshalb anzunehmen, daß diese Entscheidung dem Betreibungsbeamten zukommt, [20] da ja der Rechtsvorschlag dem Betreibungsamt gegenüber erklärt werden muß und von ihm dem Gläubiger mitgeteilt wird. Sieht der Betreibungsbeamte deshalb in einer vom betriebenen Schuldner abgegebenen Erklärung einen gültigen Rechtsvorschlag, so protokolliert er diesen und teilt ihn dem Gläubiger auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mit (Art. 76 Al. 1). [21] Der Schuldner kann sich gebührenfrei die Erklärung des Rechtsvorschlages bescheinigen lassen. Er erhält damit ein Beweismittel. Wenn der Rechtsvorschlag nicht als gültig erachtet wird, ist der Betreibungsbeamte nicht verpflichtet, dem Schuldner irgendwelche Nachricht zukommen zu lassen, ohne daß dieser sie von ihm verlangt. Es ist dies ein gewisser Nachteil für den Schuldner, indem er im Ungewissen bleibt, ob die Betreibung fortgesetzt wird oder nicht. Wenn teilweise in der Theorie verlangt wird, daß in solchen Fällen dem Schuldner Mitteilung gemacht wird, so scheint dies angesichts des Art. 74 Al. 3 nicht gerechtfertigt zu sein. [22] Trotzdem würde ein solches Verfahren praktisch von Vorteil sein.

Gegen den Entscheid des Betreibungsbeamten über die Zulässigkeit des Rechtsvorschlages kann sich der Betriebene bei

[19] Blumenstein, a. a. O. S. 150. — Für die Legitimation zum Verfahren, weil zu weit von der gestellten Aufgabe entfernt, sei auf Blumenstein, a. a. O., § 15 II 2 verwiesen. Ein Mangel dieser Legitimation ist durch Beschwerde geltend zu machen.

[20] BG 36 I 60.

[21] Blumenstein, a. a. O., S. 249.

[22] Jaeger, a. a. O. Art. 74 N 4 i. G.; A 3. 93 (Brüstlein).

der Aufsichtsbehörde beschweren. Im Beschwerdeverfahren wird nicht über die materielle Seite des Rechtsvorschlages, sondern über seine formellen Requisite wie Frist, Inhalt, Form und Legitimation entschieden. Ueber die materielle Seite darf nur durch den Richter im ordentlichen oder im Rechtsöffnungsverfahren geurteilt werden.

§ 3. Formen [1]

Das Gesetz sieht zwei Formen des Rechtsvorschlages vor: die Mündlichkeit und die Schriftlichkeit. [2]

I. Mündlichkeit

Aus Art. 74 Al. 1 hat die Praxis hergeleitet, daß ein Rechtsvorschlag mündlich nicht nur dem Betreibungsamt selbst, sondern auch direkt dem den Zahlungsbefehl zustellenden Beamten gegenüber erklärt werden kann. [3] Als zustellender Beamter kommt ein Beamter des Betreibungsamtes selbst oder der zustellende Postbeamte in Frage.

A. Beim Postbeamten

Die Verpflichtung des Postbeamten zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages bei Anlaß der Zustellung des Zahlungsbefehls beruht auf der Vollziehungsverordnung Nr. 1 des Bundesrates zum Postverkehrsgesetz (vom 2. 10. 1924) vom 8. 6. 1925. [4]

Der Briefträger hat auf beiden Doppeln, auf demjenigen des Gläubigers, das er dem Betreibungsamt zustellt, und auf dem des Schuldners, das in dessen Händen verbleibt, [5] den Rechtsvorschlag in seinem Wortlaut unterschriftlich zu bescheinigen. Diese Bestimmung ist jedoch als bloße Ordnungsvorschrift aufzufassen. Der Rechtsvorschlag ist auch ohne Protokollierung

---

[1] Art. 74 Al. 1: «Will der Betriebene Rechtsvorschlag erheben, so hat er dies innerhalb 10 Tagen nach der Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsbeamten mündlich oder schriftlich zu erklären.»

[2] vgl. Blumenstein, a. a. O. S. 251; für den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung vgl. § 11 III.

[3] BG 22. 119; 25 I 22; 49 III 2; Martin, a. a. O. S. 56; Heuberger, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 74 N 1.

[4] § 31 Z. 3 bestimmt: «Bei Zahlungsbefehlen hat der Briefträger auf Verlangen des Schuldners den Rechtsvorschlag entgegenzunehmen. Dieser wird auf beiden Doppeln an der vorgedruckten Stelle des Formulars den Angaben des Schuldners entsprechend vermerkt und vom Briefträger unterschriftlich bescheinigt. Zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages ist der Briefträger nur verpflichtet, wenn der Schuldner sich hierzu bei der Zustellung entschließt. Der Briefträger ist nicht gehalten, auf die Entschließung des Schuldners zu warten oder zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages ein zweites Mal vorzusprechen.»

[5] BG 25 I 69.

gültig, wenn er auf andere Art und Weise bewiesen werden kann.[6]

Diese Ordnung der Vollziehungsverordnung gilt wohl auch für den Zustellungsbeamten der Post im Ausland, wobei der Schuldner keineswegs verpflichtet ist, den zustellenden Beamten auf die Pflicht der Verurkundung aufmerksam zu machen.[7]

B. Beim Betreibungsamt

Der Betriebene kann den Rechtsvorschlag auch dem zustellenden Beamten des Betreibungsamtes unmittelbar bei der Zustellung oder im Laufe der zehntägigen Frist beim Betreibungsamt selbst erklären.

Hieraus leitet das Bundesgericht[8] die Verpflichtung des Betreibungsbeamten ab, während der üblichen Geschäftsstunden für die Entgegennahme solcher mündlichen Erklärungen zur Verfügung zu stehen oder für den Fall seiner Abwesenheit eine Drittperson zur Entgegennahme zu ermächtigen. Trifft der Betriebene, der sich während den ordentlichen Geschäftsstunden auf das Betreibungsamt begibt, um mündlich Rechtsvorschlag zu erheben, dort zwar den Betreibungsbeamten nicht selbst an, wohl aber einen Angestellten oder einen Angehörigen des Beamten, der sich zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages zu Handen des Amtes bereit erklärt, so darf er dieser Person seine Rechtsvorschlagserklärung abgeben. Er braucht dabei nicht zu prüfen, ob derjenige, der die Erklärung entgegengenommen hat, vom Betreibungsbeamten dazu ermächtigt worden ist. Erhält alsdann der Betreibungsbeamte nicht oder nicht rechtzeitig Kenntnis vom Rechtsvorschlag, so vermag dies die Wirkung des Rechtsvorschlages nicht zu beeinträchtigen. Die Beschränkung der Befugnis zur Entgegennahme solcher Erklärungen auf Angestellte des Betreibungsamtes würde in ländlichen Verhältnissen, wo der Betreibungsbeamte nicht über Angestellte verfügt, anderseits jedoch auch nicht jederzeit zu den üblichen Geschäftsstunden persönlich auf dem Amtsbureau anwesend sein kann, den Verkehr des Schuldners mit dem Betreibungsamte in unerträglicher, durch nichts zu rechtfertigenden Weise erschweren. Dem Schuldner kann nicht zugemutet werden, die Befugnis desjenigen, der sich ihm auf dem Bureau des Betreibungsbeamten zur Entgegennahme von Mitteilungen bereit erklärt, erst noch näher zu untersuchen.[9]

Das Bundesgericht geht mit dieser Auffassung reichlich weit. Daß gerade jeder, der in den Räumlichkeiten des Betreibungsamtes anwesend ist, eine mündliche Erklärung soll ent-

[6] BG 49 III 2; SJZ VI. 66.
[7] BG 25 I 22.
[8] BG 48 III 27.
[9] BG 48 III 27.

gegennehmen dürfen, wenn er sich hierzu bereit erklärt, darf als sehr large, wenn nicht allzu large aufgefaßt werden, besonders da dem Schuldner keine Pflicht überbunden wird, die Ermächtigung des Betreffenden zu prüfen. Das Gesetz verlangt immerhin in Art. 74 Al. 1, daß der Rechtsvorschlag dem «Betreibungsamt» erklärt werden muß, d. h. wohl einer mit dem betreffenden Amte in Zusammenhang stehenden Person. Das kann sich natürlich nicht auf irgend einen Dritten beziehen, der sich allfällig im Bureau des Betreibungsamtes befindet. Der Betriebene ist in einem solchen Falle trotzdem zur Vorsicht zu mahnen, da ihn der Nachteil des nicht gültigen Rechtsvorschlages trifft. [10]

Wird der Rechtsvorschlag vom Betriebenen selbst oder von seinem Vertreter mündlich erhoben, so ist die der faktischen Erklärung entsprechende Verbalisierung des Rechtsvorschlages seitens des Betreibungsbeamten maßgebend. [11] Diese ist nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist unabänderlich, gleichgültig, welches der Wille des die schriftliche Verurkundung seines Rechtsvorschlages nicht kontrollierenden Schuldners gewesen sein mag. Es kommt nicht darauf an, was er erklären wollte, sondern was er erklärt hat. Dafür ist ihm die Frist von 10 Tagen gegeben; er kann auch während dieser Frist die abgegebene Erklärung abändern und widerrufen (das letztere ist auch nach Ablauf der Frist möglich). Es bietet deshalb zweifellos die Schriftform dem Schuldner größere Garantien, indem er dabei den Wortlaut seiner Erklärung selber festsetzen kann. [11]

Als Ergänzungs- und Sicherungsmittel des mündlichen Rechtsvorschlages räumt Art. 74 Al. 3 dem Schuldner das Recht ein, vom Betreibungsamt gebührenfrei eine Empfangsbescheinigung seiner Erklärung zu verlangen. Er erhält damit ein Beweismittel, aus dem hervorgeht, daß er den von ihm durch Gesetz und Praxis verlangten Maßnahmen nachgekommen ist. [12]

Ein weiteres, nicht absolut sicheres Mittel, die Redaktion des vom Schuldner mündlich eingegebenen Rechtsvorschlages zu überprüfen, ist die persönliche Anfrage beim Betreibungsamt. Für den Beweis des erfolgten Rechtsvorschlages hat jedoch der Betriebene selbst zu sorgen. [12]

Wenn der Schuldner diese Sicherungsmittel unterläßt, hat er die Folgen eines nach seiner Meinung richtig redigierten, vom Betreibungsamt jedoch nicht angenommenen Rechtsvorschlages selbst zu tragen.

Die Gültigkeit des mündlichen Rechtsvorschlages darf nicht von der Befolgung der dem Zahlungsbefehl aufgedruckten

[10] BG 32 I 115.
[11] A XI. 28.
[12] BG 32 I 115; SJZ VI. 66; Overbeck, a. a. O. S. 42.

Anweisung abhängig gemacht werden, daß der Inhalt des Rechtsvorschlages vom zustellenden Beamten auf beiden Ausfertigungen vorgemerkt und bescheinigt werden soll. Diese Bestimmung ist eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung durch den zustellenden Beamten dem Schuldner nicht zum Nachteil gereichen darf. Vielmehr ist zu untersuchen, ob sonstwie der Beweis erbracht werden kann, daß der Schuldner die Erklärung dem zustellenden Beamten abgegeben hat. [13]

Für den Beweis des erklärten Rechtsvorschlages stehen dem betriebenen Schuldner alle Beweismittel zur Verfügung (das SchKG kennt eine Beschränkung der Beweismittel nicht).

C. Die telephonische Rechtsvorschlagserklärung [14]

In Doktrin und Praxis ist bestritten, ob eine telephonisch abgegebene Rechtsvorschlagserklärung als gültig entgegenzunehmen sei. Es stehen sich hier gegenüber das Obergericht des Kantons Bern [15] und Jaeger [16]. Die Ansicht der bernischen Aufsichtsbehörde entspricht dem Geist des Gesetzes und den heutigen Verhältnissen besser. Prinzipiell soll die telephonische Erklärung, Recht vorschlagen zu wollen, als rechtsgültig betrachtet werden. Das Telephon als Einrichtung zur mechanischen Uebermittlung der Stimme von Ort zu Ort ersetzt die persönliche Aussprache, und bestimmt deshalb das OR (Art. 4), daß eine telephonische Erklärung einer mündlichen gleichzuhalten sei. Ein auf diese Art geschlossener Vertrag gilt als unter Anwesenden geschlossen. Hieran ändert der Umstand nichts, daß bei dem telephonischen Gespräch die Identitätsfeststellung der telephonierenden Person in der Tat bis zu einem gewissen Grade erschwert wird. Denn auch dann, wenn der Betriebene dem Betreibungsbeamten seine Erklärung abgibt, wird seine Identität trotzdem nicht festgestellt, es sei denn, daß ihn der Beamte persönlich kennt. Der Betreibungsbeamte ist nicht verpflichtet, irgendwelche Legitimation zu verlangen. Wenn ein Rechtsvorschlag sogar durch Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. § 6) erhoben werden kann und der Betreibungsbeamte nirgends verpflichtet wird, sich über die Identität des betriebenen Schuldners mit der den Rechtsvorschlag erhebenden Person zu vergewissern, so kann ihm dann anderseits nicht diese Prüfung im Falle des telephonisch erhobenen Rechtsvorschlages zugemutet werden. Der Betreibungsbeamte kann einerseits die Innehabung des Zahlungsbefehls (beim persönlichen Erscheinen auf dem Betreibungsamt), anderseits die Kenntnis der Aktenlage (beim telephonischen Rechtsvorschlag) als vollkommen genügende Legitimation

[13] BG 49 III 2; A VII 8.
[14] ZBJ 37. 543; anders Jaeger, Art. 74 N 8.
[15] ZBJ 37. 543.
[16] Jaeger, a. a. O. Art. 74 N 8.

betrachten. Sache des Gläubigers ist es, eventuell vorgekommene Mängel auf dem Beschwerdewege geltend zu machen. Inkonsequent ist allerdings die Auffassung der bernischen Aufsichtsbehörde,[17] wonach der Betreibungsbeamte berechtigt sein soll, die Annahme eines telephonisch erklärten Rechtsvorschlages zu verweigern, wenn er die Identität der telephonierenden Person mit Hilfe der Schallübermittlung allein nicht feststellen kann. Der Betreibugsbeamte soll nicht verpflichtet sein, dem Publikum am Telephon zur Verfügung zu stehen. Wird das telephonische Gespräch dem mündlichen gleichgestellt, so kann diese Auffassung der bernischen Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die Entwicklung des telephonischen Verkehrs nicht gutgeheißen werden. Verlangt das Bundesgericht[18] Anwesenheit des Betreibungsbeamten während der Dauer der üblichen Geschäftsstunden (oder doch mindestens Vertretung) zum Zwecke der Entgegennahme von mündlichen Erklärungen, so ist der Beamte auch verpflichtet, sich zu diesem Zwecke des Telephons zu bedienen. Beide Erklärungen können heute einander gleichgestellt werden.

Schwierig ist allein wieder die Frage des Beweises, und es ist auch hier Sache des Schuldners, der Rechtsvorschlag erhoben hat, sich innerhalb der zehntägigen Frist der ihm vom Gesetz gegebenen Sicherungsmittel zu bedienen (Art. 74 Al. 3).[19]

II. Schriftlichkeit

Da das SchKG über die Erfordernisse der Schriftform keine Bestimmungen enthält, hat sich die Praxis mit der Analogie helfen müssen.

Ist es notwendig, daß der schriftliche Rechtsvorschlag auf dem Zahlungsbefehl vom Betriebenen unterschrieben wird?

Nach den Bestimmungen des OR (Art. 12 u. 13) ist zu der vom Gesetz vorgesehenen schriftlichen Form auch die Unterschrift aller derjenigen notwendig, die sich im betreffenden Schriftstück verpflichten. Nach Art. 7 ZGB werden die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung von Verträgen auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse angewandt. Da es sich jedoch im Schuldbetreibungsrecht, speziell im schweizerischen, nicht um Zivilrecht, sondern um «ius sui generis» handelt, darf nicht ohne weiteres, vor allem nicht gegen den Sinn und Geist des SchKG selbst, dieser allgemein gültige Grundsatz angewendet werden. Wenn sich das Bundesgericht[20] über diesen Punkt nicht näher aus-

[17] ZBJ 37. 543.
[18] BG 48 III 27.
[19] BG 32 I 115.
[20] BG 28 I 95.

gesprochen hat, so ist gerade dies ein Beweis dafür, daß dieser allgemeine Grundsatz hier nicht angewendet werden darf infolge widersprechender Bestimmungen des SchKG.

Ohne Zweifel hat das Betreibungsamt einen Rechtsvorschlag, der sich auf dem ihm durch die Post zugekommenen Zahlungsbefehl des Schuldners befindet, auch dann als gültig anzunehmen, wenn eine Unterschrift fehlt.[21] Denn wahrscheinlich handelt es sich bei einer solchen Rechtsvorschlagserklärung um eine Erklärung des Schuldners selbst, oder doch um eine solche eines Dritten, die mit Wissen und Willen des Schuldners abgegeben worden ist. Der Zahlungsbefehl wurde ja dem Schuldner selbst zugestellt. Die Prüfung des gegenteiligen Falles muß durch eine Beschwerde der Gegenpartei, des Gläubigers, veranlaßt werden.

Das Erfordernis der Unterschrift geht weder aus dem Wortlaut der das Rechtsvorschlagsverfahren regelnden Bestimmungen des Gesetzes, noch aus dem Wesen und Zweck dieser Bestimmungen hervor. Die Gültigkeit der Rechtsvorschlagserklärung soll nicht von der Erfüllung bestimmter formeller Requisite abhängig gemacht werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Ausübung des Rechtsvorschlages möglichst erleichtern wollte, um den Betriebenen gegen die Gefahren zu schützen, die ihm aus den Bestimmungen der Art. 69, 74 und 86 erwachsen können. Im Gegensatz zu ausländischen Gesetzen, welche die Betreibung gegen den Schuldner nur auf Grund eines Titels (z. B. titre exécutoire) zulassen, gestatten die erwähnten Artikel ohne weiteres die Ausstellung eines Zahlungsbefehls gegen einen Schuldner und knüpfen ferner an die Nichtbeobachtung der zehntägigen Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages den Rechtsnachteil, daß die Betreibung weitergeführt werden kann. Eine derartige Verschlechterung der Rechtsstellung des Betriebenen läßt sich einzig durch die Erwägung rechtfertigen, daß der Schuldner durch Abgabe einer einfachen Erklärung die Fortsetzung der Betreibung hemmen kann. Diese Erwägung trifft jedoch nur zu, wenn die Erklärung völlig formlos erfolgen kann, so daß auch der unbeholfene, rechtsunkundige Betriebene ohne Beistand Dritter imstande ist, seine Rechte zu wahren. Es muß deshalb genügen, wenn der Wille, gegen die Betreibung in Form des Rechtsvorschlages Einspruch zu erheben, in gehörig erkennbarer Weise, mündlich oder schriftlich, dem Amte zur Kenntnis gelangt.

Art. 74 gestattet alternativ die mündliche und schriftliche Erklärung des Rechtsvorschlages. Es darf hieraus geschlossen werden, daß für die schriftliche Erklärung nicht die strengen Grundsätze zur Anwendung kommen sollen, welche für Wil-

[21] Jaeger Art. 74 N 8; Blumenstein, a. a. O. S. 252; anders ZBJ 39 S. 423; BG 28 I 95; SJZ VI 107 u. 130; A VII 22.

lensäußerungen gelten, die ausschließlich in schriftlicher Form Gültigkeit beanspruchen können.[22] Es sollte nicht an einer strengen Schriftform festgehalten, sondern für genügend erachtet werden, wenn aus der Gesamtheit der Umstände der Sachverhalt für das Betreibungsamt klar erkennbar ist.[23]

Nicht das Formelle, sondern das logisch Erkennbare ist ausschlaggebend für die Entscheidung, ob es sich um eine gültige Rechtsvorschlagserklärung handelt oder nicht.

Da das Gesetz vom Betriebenen keine bestimmte Formulierung des Rechtsvorschlages verlangt,[24] sondern ihm die Wahl der Worte freiläßt, genügt eben jede Art der schriftlichen Aeußerung, aus der der Wille des Betriebenen, Rechtsvorschlag zu erheben, klar hervorgeht.

So darf die vom Betriebenen auf seinem Doppel des Zahlungsbefehls unter der gedruckten Ueberchrift hingesetzte Unterschrift allein als formell gültiger Rechtsvorschlag betrachtet werden.[25] Wie aus der gedruckten Aufschrift zu ersehen ist, will der Betriebene wahrscheinlich Rechtsvorschlag erheben. Es ist nicht notwendig, unter der betreffenden Rubrik noch einmal zu bemerken, daß man sich der Betreibung widersetze.[26]

Folglich genügt es, wenn sich der betriebene Schuldner seines Zahlungsbefehls bedient, daß er entweder seine Unterschrift unter die mit Rechtsvorschlag überschriebene Rubrik setzt, oder an derselben Stelle durch geschriebene Worte seinem Willen Ausdruck verleiht, Recht vorzuschlagen.[27] Eine Kombination dieser beiden Formen ist zulässig, jedoch nicht erforderlich.

Der Beweis des erklärten schriftlichen Rechtsvorschlages kann vom Betriebenen, wie beim mündlichen, durch alle zulässigen Beweismittel erbracht werden. Doch genügt es nach der Ansicht des Bundesgerichtes und der zürcherischen Rekurskammer[28] nicht, daß der Nachweis der Absendung des schriftlichen Rechtsvorschlages gelingt, wenn das Betreibungsbungsamt seinerseits bezeugt, die Erklärung nicht erhalten zu haben. Es ist dabei möglich, daß die schriftliche Erklärung ihr Ziel, das Betreibungsamt, aus irgend einem Grunde nicht erreicht hat, z. B. weil sie unrichtig adressiert war oder infolge eines Versehens der Post. Ein gültiger Rechtsvorschlag ist deshalb nicht erfolgt. Der Tatbestand kann jedoch zur Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages führen.

[22] BG 22 119.
[23] BG 28 I 95.
[24] Martin, a. a. O. S. 56.
[25] A V 23.
[26] ZBJ 36. 200.
[27] ZBJ 36. 200.
[28] ZR 13. 38.

Diese Argumentation geht wohl zu weit, indem vom Betriebenen nicht mehr verlangt werden kann, als was das Gesetz von ihm verlangt. Für Verschulden der Post oder höhere Gewalt einzutreten, darf ihm kaum zugemutet werden. Das würde auch der in der Praxis sonst durchwegs vertretenen Auffassung der möglichsten Erleichterung des Rechtsvorschlages nicht entsprechen und trotz der Möglichkeit eines nachträglichen Rechtsvorschlages eine vollständig ungerechte Belastung des betriebenen Schuldners mit sich bringen.

Das Bundesgericht ist später von seiner Praxis abgekommen und hat zu Gunsten des Schuldners entschieden.[29]

§4. Die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages[1][2]

Das Recht des Betriebenen, Rechtsvorschlag zu erheben, ist zeitlich begrenzt (Art. 69 Z. 3 und 74 Al. 1). Normalerweise steht ihm eine Frist von 10 Tagen zur Verfügung und zwar vom Momente der Zustellung des Zahlungsbefehls an gerechnet. Für die Berechnung der Frist findet Art. 31 Anwendung, wonach der Tag der Zustellung selbst nicht mitgerechnet wird. Ein Rechtsvorschlag kann daher z. B. noch am 11. September gültig erklärt werden, wenn die Zustellung am 1. desselben Monats stattgefunden hat.

Die Wirkung der Frist ist eine absolute, d. h. der Rechtsvorschlag ist nicht gültig, wenn er nicht innert dieser Frist erhoben wird, ja sogar wenn er nicht innerhalb der 10 Tage beim zuständigen Amt eingelangt ist (Ausnahme: Postaufgabe).[3]

I. Beginn der Frist

Die zehntägige Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages beginnt mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den betreffenden Schuldner.[4] Die Zustellung erfolgt stets im Namen des Amtes, bei dem die Betreibung angehoben worden ist.[5] Dieser Zeitpunkt ist auch dann für den Beginn der Frist maßgebend, wenn der Schuldner bereits vorher von der Betreibung Kenntnis hatte.[6]

Wird der Zahlungsbefehl nicht am richtigen Ort zugestellt, d. h. nicht an dem für den Schuldner und die betreffende Forderung zutreffenden Betreibungsort, so beginnt die Rechtsvorschlagsfrist trotzdem zu laufen. Sie kann vom Schuldner ge-

[29] BG 42 III 38.

[1] Für den nachträglichen Rechtsvorschlag und denjenigen in der Wechselbetreibung vgl. §§ 10 u. 11.

[2] Martin, a. a. O. S. 58/59.

[3] Blumenstein, a. a. O. S. 254.

[4] SJZ VII 397; BG 30 I 81.

[5] BG 30 I 81.

[6] BG 39 I 44; 46 III 18.

hemmt werden, indem er gegen die falsche Zustellung Beschwerde erhebt.[7] Wird sogleich nach der Zustellung des Zahlungsbefehls Beschwerde erhoben und dieser von der Aufsichtsbehörde Suspensivwirkung zugebilligt, so hat dies die Hinausschiebung des Laufes einer gesetzlichen oder vom Betreibungsamt angesetzten Frist zur Folge und zwar bis der abweisende Beschwerdeentscheid rechtskräftig geworden ist. Der Fristenlauf des Art. 74 beginnt deshalb erst wieder mit der Rechtskraft des abweisenden Beschwerdeentscheides.

Ist das Zustellungszeugnis auf dem Rechtsvorschlag undeutlich, so liegt es dem Schuldner ob, sich über das richtige Zustellungsdatum zu erkundigen, da er die Folgen eines Irrtums tragen muß.[8]

Ausschlaggebend für den Beginn der Frist ist der Tag der effektiven Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner.[9] Die in Art. 70 Al. 1 enthaltene Vorschrift, wonach im Falle einer Diskrepanz zwischen den beiden Ausfertigungen des Zahlungsbefehls (für Gläubiger und Schuldner) die dem Schuldner zugestellte maßgebend sein soll, ist nach Ansicht des Bundesgerichts[10] nur insoweit anwendbar, als es sich um die vom Betreibungsamt selber vorzunehmenden Eintragungen handelt, nicht aber um Zusätze, die dem Zahlungsbefehl nach seinem Erlaß durch Dritte beigefügt worden sind. In einem andern Urteil erklärt das Bundesgericht,[11] daß der zustellende Beamte, sei es nun ein Hilfsbeamter des Betreibungsamtes selbst oder ein Angestellter der Post, das zuständige Betreibungsamt vertrete, so daß deshalb seine Eintragungen Handlungen des Amtes selbst darstellen. (Z. B. die Verurkundung der mündlichen Rechtsvorschlagserklärung bei der Zustellung des Zahlungsbefehls.) Es ist dem Betreibungsamt oft gar nicht möglich, den tatsächlichen, genauen Zeitpunkt der Zustellung selbst zu bestimmen; folglich muß auch in diesem Punkt die vom Zustellungsbeamten abgegebene Erklärung als amtlich bezeichnet werden.

Diese Auffassung des Bundesgerichts, wonach der zustellende Beamte bald als Vertreter des Amtes behandelt wird, bald nicht, entbehrt der Konsequenz und gibt auch aus praktischen Gründen zu Bedenken Anlaß.

Selbstverständlich gilt auch für die vom Zustellungsorgan vorgenommene Verurkundung der im ZGB Art. 9 allgemein ausgesprochene Grundsatz, wonach öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen nur so lange vollen Beweis

---

[7] des Hayes, Poursuite pour Dettes et Faillites, S. 155 u. 170; BG 34 I 24; SJZ XVI 277.
[8] ZR 5. 122.
[9] SJZ VII 397.
[10] BG 37 I 25.
[11] BG 32 I 110.

erbringen, als nicht ihre Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Wird z. B. bewiesen, daß der Zeitpunkt der effektiven Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner nicht mit den Angaben des die Zustellung vornehmenden Beamten übereinstimmt, so ist der Zeitpunkt der effekitven Zustellung maßgebend.[12] Das hat sehr wichtige Auswirkungen auf alle an diese Zustellung knüpfenden Fristen (vor allem bei Rechtsvorschlag und Beschwerde).

Für den Beginn der Rechtsvorschlagsfrist ist der Zustellungstag im Betreibungsbuch, wenn er daselbst angegeben ist, ausschlaggebend, es wäre denn, daß der Gegenbeweis erbracht werden kann.[13] Im Prinzip mag diese Lösung richtig sein, doch sollten an den Gegenbeweis nicht allzu große Anforderungen gestellt werden. Dem Gläubiger bringt ein gültiger Rechtsvorschlag nicht so schwere Nachteile wie dem Schuldner die Abweisung eines solchen.

II. Einfluß von Art. 66 Al. 5 und Art. 32 auf die Berechnung der Frist

Der Rechtsvorschlag muß nach Art. 69 Z. 3 und Art. 74 innert 10 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls mündlich oder schriftlich erklärt werden. Diese Frist ist beim schriftlichen Rechtsvorschlag nicht gewahrt, wenn die Erklärung innerhalb dieser 10 Tage abgesandt wird, vielmehr muß sie vor Ablauf der Frist in die Hände des Amtes gelangen. Der mündliche Rechtsvorschlag ist auch gültig, wenn er dem den Zahlungsbefehl zustellenden in- oder ausländischen Beamten unmittelbar bei der Zustellung erklärt wird.[14] Wo sich der Betriebene zur Uebermittlung seiner Erklärung der Post bedient, gilt die Frist als eingehalten, wenn die Aufgabe zur Post innert der Frist, d. h. bis 18 Uhr des letzten Tages der Frist, stattgefunden hat. Diese Ausnahme wird jedoch von Praxis[15] und Theorie[16] nur auf die Aufgabe bei der schweizerischen Post beschränkt.[17]

Seiner Auffassung folgend, führt das Bundesgericht in konsequenter Weise aus, Art. 66 Al. 5[18] sei so zu verstehen, daß der im Ausland, in erheblicher Entfernung vom Betreibungsort, wohnhafte Schuldner nicht der Gefahr ausgesetzt werden dürfe, überhaupt der Möglichkeit beraubt zu werden, wirksam gegen

---

[12] SJZ VII 397.

[13] BG 32 I 111.

[14] BG 22. 119; 48 III 27; 49 III 2; Martin, a. a. O. S. 56; Heuberger, a. a. O. Art. 74 N 1.

[15] BG 47 III 196.

[16] Blumenstein, a. a. O. S. 200 N 6; Jaeger, Art. 32 N 4; Weber und Brüstlein, Art. 32 N 1.

[17] Anders § 4 II i. f.

[18] Art. 66 Al. 5: «In den in Absatz 2, 3 und 4 genannten Fällen kann der Betreibungsbeamte die Fristen den Umständen gemäß verlängern.»

die Betreibung Einspruch zu erheben, weil er bei der Kürze der gesetzlichen Frist außerstande sei, die Rechtsvorschlagserklärung durch das ordentliche Beförderungsmittel der Post dem Betreibungsamt rechtzeitig zukommen zu lassen.[19] Die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages soll deshalb vom Betreibungsbeamten verlängert werden. Zu dieser Verlängerung ist das Amt nicht nur befugt, sonder verpflichtet, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind.[20] Kommt der Beamte dieser Pflicht nicht von Anfang an nach, so kann ihr noch durch eine nachträgliche Verfügung genügt werden.[20] Als eine solche nachträgliche Verfügung ist es zu betrachten, wenn das Betreibungsamt den nach der Frist einlangenden Rechtsvorschlag als rechtzeitig erfolgt entgegennimmt. Der Gläubiger kann sich immer noch mit einer Beschwerde gegen die Annahme des Rechtsvorschlages wenden, wobei die Aufsichtsbehörde untersucht, ob eine Fristverlängerung angemessen sei oder nicht.

Der Zweck der Bestimmung des Art. 66 Al. 5 ist somit nicht etwa, den ausländischen Schuldner in der Weise zu privilegieren, daß ihm zur Ueberlegung darüber, ob er Rechtsvorschlag erheben will, länger Muße gelassen werden soll als dem in der Schweiz wohnhaften Betriebenen;[21] er soll vielmehr lediglich dem in der Schweiz ansäßigen Schuldner inbezug auf die Ueberlegungsfrist zur Wahrung seiner Rechte dadurch gleichgestellt werden, daß ihm diejenige Spanne Zeit eingeräumt wird, deren er bedarf, um seinen Bestreitungswillen rechtzeitig zur Kenntnis des Amtes zu bringen.[22] Zudem ist die Meinung des Gesetzes unzweifelhaft die, daß der Betreibungsbeamte die Fristverlängerung nach Art. 66 Al. 5 da, wo die Umstände es als geboten erscheinen lassen, von sich aus, gleichzeitig mit dem Erlaß der Verfügung, von der an die Frist läuft, i. c. des Zahlungsbefehls, anordnen und dem Schuldner mitteilen kann und nicht erst ein darauf gerichtetes Begehren des letztern abzuwarten hat. Deshalb hat das Bundesgericht[23] seine frühere Argumentation mit Recht fallen gelassen, wonach ein auf eine solche verlängerte Frist hin erklärter Rechtsvorschlag als rechtzeitig betrachtet wurde, sobald er nur innert der angesetzten Frist dem Amte zugekommen war. Die Aufgabe an dieses muß vor Ablauf der gesetzlichen 10 Tage seit Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen. Ist der Beginn einer Frist, wie bei der Rechtsvorschlagserklärung, von der Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes abhängig gemacht (hier z. B. der Zustellung des Zahlungsbefehls), so hat dieser Tatbestand stets die gleiche Bedeutung. Der Betreibungsbeamte kann deshalb durch

[19] BG 43 III 2.
[20] BG 47 III 195.
[21] BG 42 III 33.
[22] BG 42 III 33; 52 III 4.
[23] BG 52 III 11.

die Praxis nicht ermächtigt werden, über diese Gesetzesbestimmung hinweg in einzelnen Fällen (z. B. bei weiter Entfernung vom Sitze des Amtes) Ausnahmen zu gestatten, die im Gesetze nicht vorgesehen sind.

Wie verhält es sich aber, wenn der Betreibungsbeamte die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung einer Frist, wie z. B. gerade der Rechtsvorschlagsfrist, nicht gewährt, d. h. den Zahlungsbefehl ohne besondere Bemerkung dem ausländischen Betriebenen zustellt? Die Praxis[24] anerkennt, daß es nicht im Belieben des Amtes stehen kann, ob es dem Schuldner die hier vorgesehene Vergünstigung gewähren will oder nicht. Dieser kann sich, wenn ihm die Verlängerung zu Unrecht versagt worden ist, beschweren und von der Aufsichtsbehörde deren nachträgliche Bewilligung verlangen. Eine solche Beschwerde kann jedoch nur dann gutgeheißen werden, wenn der Schuldner alles daran gesetzt hat, seine Erklärung innert der gesetzlichen Frist dem Amte zukommen zu lassen und wenn deren verzögertes Eintreffen ausschließlich durch von seinem Willen unabhängige äußere Momente (die Entfernung) verursacht worden ist.[25] Denn wie im allgemeinen, so kann auch hier Ziel des Beschwerdeverfahrens nicht die Beseitigung einer der beschwerdeführenden Partei zur Last fallenden Säumnis, sondern nur eines vom Amte begangenen Fehlers sein. Eine nachträgliche Fristverlängerung im Sinne von Art. 66 Al. 5 erscheint demnach nur dann statthaft, wenn der Schuldner alle ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat und die Verspätung nur auf die große Entfernung vom Sitze des Amtes zurückzuführen ist. Nur dann kann eine Gesetzesverletzung angenommen werden, die einen Rekurs an das Bundesgericht ermöglicht.[26] Auf eine mangelhafte Zustellung kann der Betriebene sich in diesem Verfahren nicht mehr berufen, da diese mangels Anfechtung innert gesetzlicher Frist in Rechtskraft erwachsen ist.

Wo der Rechtsvorschlag verspätet aufgegeben worden ist, kann die Fristverlängerung nach Art. 66 Al. 5 nicht zugelassen werden, da sonst der ausländische Schuldner ohne Grund dem inländischen gegenüber begünstigt würde, was nicht im Willen des Gesetzes liegen kann.[27]

Das Bundesgericht ist der Ansicht, daß der Zahlungsbefehl auch für den mit dem schweizerischen Recht nicht vertrauten, im Ausland wohnhaften Betriebenen ausdrücklich genug darauf aufmerksam macht, daß für den Fall der Bestreitung der Forderung oder eines Teiles derselben oder des Rechtes, diese auf dem Betreibungswege geltend zu machen, innert der gesetz-

[24] Jaeger, Art. 66 N 21; BG 42 III 33; 47 III 195.
[25] BG 50 III 18; 42 III 33.
[26] BG 42 III 33; 43 III 11; 50 III 18.
[27] BG 42 III 33.

lichen Frist von 10 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls Rechtsvorschlag zu erheben sei. Unterläßt er es, innert diesem Zeitraume das Notwendige vorzukehren, so hat er damit sein Einspruchsrecht verwirkt und die Folgen seiner Säumnis zu tragen.[28]

Erklärt man sich mit der Auffassung des Bundesgerichtes, des Handbuches von Blumenstein und des Kommentars von Jaeger einverstanden,[29] wonach sich Art. 32[30] nur auf die schweiz. Post beziehen soll, so ist gegen die oben dargelegte Auslegung des Art. 66 Al. 5 mit Bezug auf die Rechtsvorschlagsfrist nichts einzuwenden.

Es erheben sich indes gegen die herrschende Meinung Bedenken. Art. 32 bezieht sich nicht nur auf die schweizerische Post, sondern generell auf die Post überhaupt. Jaeger[29] und ihm folgend auch das Bundesgericht[29] begründen ihren gegenteiligen Standpunkt mit Hilfe der Analogie. Jaeger zieht Art. 41 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege von 1893 heran, wo die Aufgabe an die schweizerische Post ausdrücklich verlangt wird. Wenn nun im SchKG nicht ausdrücklich die schweizerische Post vorgesehen wird, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Bestimmung restriktiv ausgelegt werden soll.

Zu Gunsten der hier vertretenen Auffassung spricht auch der Umstand, daß die Praxis z. B. bei der mündlichen Rechtsvorschlagserklärung, die bei Anlaß der Zustellung des Zahlungsbefehls dem zustellenden Beamten gegenüber abgegeben werden kann, die ausländischen zustellenden Beamten den inländischen gleichstellt; auch der einem zustellenden Beamten des Auslandes gegenüber erklärte mündliche Rechtsvorschlag wird als gültig erachtet. Umsomehr ist bei der schriftlichen Form der Rechtsvorschlagserklärung, die weit besser zu beweisen ist, die Gleichstellung von In- und Ausland am Platze. Zudem sieht Art. 32 in seinen Absätzen 2 und 3 die Zustellung der Betreibungsurkunden im In- wie im Ausland in ganz analoger Weise vor, entweder durch die Behörde oder durch die Post. Warum dann eine abweichende Behandlung bei Gegenmitteilungen an das Betreibungsamt?

Geht man hievon aus, so bedarf das Betreibungsamt in den seltensten Fällen der mehr oder weniger willkürlichen Anwendung des Art. 66 Al. 5, d. h. einer Verlängerung der Frist. Der weit entfernt wohnende Schuldner hat genau die gleiche Möglichkeit, Rechtsvorschlag zu erheben, wie der Schuldner, dessen Wohnsitz sich im Kreise des betreffenden Betreibungsamtes

---

[28] BG 42 III 33.

[29] BG 47 III 49; Blumenstein, a. a. O. S. 200 N 6; Jaeger, Art. 32 N 4.

[30] Art. 32: «Wird für eine Mitteilung die Post benutzt, so gilt die Frist als eingehalten, wenn die Aufgabe zur Post vor Ablauf der Frist erfolgt ist.»

befindet. Er kann sogleich bei Zustellung des Zahlungsbefehls dem zustellenden Beamten seine mündliche Rechtsvorschlagserklärung abgeben oder innert 10 Tagen, vom Momente dieser Zustellung an gerechnet, schriftlich an das betreffende Betreibungsamt gelangen.[30]

III. Einfluß von Betreibungsferien und Rechtsstillstand (Art. 56 ff., spez. Art. 63) auf die Rechtsvorschlagsfrist[31]

Rechtsstillstand und Betreibungsferien üben nur dann eine Wirkung auf die vom Gesetz vorgesehenen oder von den Behörden angesetzten Fristen aus, wenn eine Frist während ihrer Dauer abläuft.

Wie äußert sich nun die Wirkung dieser Institute in der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages?

Lange Zeit stand die bundesgerichtliche Praxis[32] auf dem Boden, daß sowohl Betreibungsferien als auch Rechtsstillstand auf die Rechtsvorschlagsfrist überhaupt keine Wirkung ausüben. Diese Auffassung berief sich auf den Wortlaut des Art. 56 Al. 1[33] in Verbindung mit Art. 63. In Art. 63, führte das Bundesgericht aus, werde diesen Instituten unter gewissen Umständen eine gewisse Hemmungswirkung zuerkannt, die sich jedoch nach Art. 56 Al. 1 nur auf Betreibungshandlungen beziehen soll. Mit andern Worten, Betreibungsferien und Rechtsstillstände bewirkten nur eine Hemmung derjenigen Fristen, innert deren Betreibungshandlungen, d. h. Handlungen des Amtes vorzunehmen seien.[34] Diese Auslegung wurde von der Doktrin schon vor Jahren als haltlos und gegen den Sinn des Gesetzes verstoßend bezeichnet.[35] Was nützt dem schwerkranken Schuldner ein Rechtsstillstand, wenn während desselben die Rechtsvorschlagsfrist eines kurz vor dem Beginn des Rechtsstillstandes zugestellten Zahlungsbefehls abläuft, und der Gläubiger dann Fortsetzung der Betreibung verlangen kann? Es bliebe ihm das mit vielen Umständlichkeiten verbundene Verfahren des nachträglichen Rechtsvorschlages offen, womit ihm aber nur halb gedient ist. Wenn das Bundesgericht früher glaubte, daß Art. 63 unzweifelhaft in erster Linie dem Schutze der Interessen des Gläubigers dient,[36] so ist dieser Auffassung entgegenzuhalten,

[30] Vgl. § 14 II dieser Arbeit.

[31] Art. 63: «Die Betreibungsferien und Rechtsstillstände hemmen den Fristenlauf nicht. Wenn indessen das Ende einer Frist in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstandes fällt, so wird die Frist bis zum 3. Tage nach dem Ende der Ferienzeit oder des Rechtsstillstandes verlängert.»

[32] BG 27 I 63; ZBJ 39. 787; A VII 115; IX 97.

[33] Art. 56 Al. 1: «Außer im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Maßnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt, dürfen Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden . . .»

[34] ZBJ 39. 787.

[35] Jaeger, a. a. O. Art. 63 N 5 B.

[36] A VII 15.

daß dem Rechtsstillstand die Erwägung zugrunde liegt, daß unter gewissen Umständen dem Schuldner in einer hängigen Betreibung ganz allgemein die Wahrung seiner Interessen entweder nicht möglich oder nicht zuzumuten ist (vgl. Art. 57, 58, 59, 60 u. 62). Er muß gegen die ihm daraus erwachsenden Rechtsverluste geschützt werden. Auch die Betreibungsferien sollen den Betriebenen für gewisse Zeiten aus Humanitätsrücksichten dieser Sorgen entheben. Damit ist aber nicht vereinbar, daß während dieser Zeiten die Erhebung von Beschwerden, Rechtsvorschlägen, von gerichtlichen Klagen, überhaupt die Ergreifung irgendwelchen Rechtsmittels unter der Androhung bestimmter Rechtsverluste für den Fall des Unterlassens verlangt wird.

So hat denn auch das Bundesgericht in seinem Kreisschreiben vom 10. 10. 1914 (SchKK) seine frühere Auffassung aufgegeben.[37] Diejenigen Fristen sollen während den Rechtsstillständen (folglich auch während den Betreibungsferien) nicht ablaufen und bis auf 3 nützliche[38] Tage nach Ablauf des Rechtsstillstandes verlängert werden, die das Gesetz oder der Betreibungsbeamte dem Schuldner setzen, und deren Nichtbeachtung für den Schuldner bestimmte Rechtsnachteile nach sich ziehen.[39]

Es ist nun möglich, daß eine Rechtsvorschlagsfrist bereits 1 oder 2 Tage nach einem Rechtsstillstand, nicht aber nach den Betreibungsferien, da diese zu lange dauern, ausläuft. Dies trifft beispielsweise zu im Falle des Rechtsstillstandes nach Art. 58, wobei dem betreffenden Schuldner 4 Tage vorher ein Zahlungsbefehl zugestellt worden ist. Da der Rechtsstillstand den Ablauf der Frist nicht hemmt, sondern bloß ihr allfällig in seine Dauer fallendes Ende hinausschiebt, so müssen die 5 Tage dieses Rechtsstillstandes mitgezählt werden, und die Frist läuft am zweiten Tage nach Ende des Rechtsstillstandes ab. Es ist dies insofern zu bedauern, als ein Betriebener hier die Frist von 3 Tagen gewiß ebenso nötig hätte, wie wenn die Frist mit ihrem letzten Tage in die Betreibungsferien oder in einen Rechtsstillstand fällt. Der Wortlaut des Gesetzes ist jedoch in Art. 63 in dieser Beziehung vollständig klar; eine Hemmung der Frist findet in einem solchen Falle nicht statt, Betreibungsferien und Rechtsstillstand über ihre Wirkung auch dann aus, wenn nicht die 10 tägige, sondern eine kürzere Rechtsvorschlagsfrist zur Anwendung gelangt.

Auf die Fristen der Wechselbetreibung üben die Betreibungsferien überhaupt keinen Einfluß aus. Für die Anwendung des Institutes des Rechtsstillstandes in der Wechselbetreibung dagegen gelten die allgemeinen Bestimmungen.

[37] BG 27 I 3, 10 u. 108; 33 I 10; 41 III 41.
[38] d. h. Werktage, vgl. Art. 63 franz. Text.
[39] BG 38 I 105.

IV. Beweis der Rechtzeitigkeit der Rechtsvorschlagserklärung

Ist der Zustellungstag im Betreibungsbuch angegeben, so ist dieser maßgebend, wenn nicht der Gegenbeweis gelingt.[40] Der Beweis, daß die Rechtsvorschlagserklärung innert der gesetzlichen Frist von 10 Tagen abgegeben worden ist, kann nach Ansicht des Bundesgerichts[41] auch nach Ablauf der 10tägigen Beschwerdefrist im Beschwerdeverfahren erbracht werden. Es handelt sich hier um Rechtsverweigerung und hiegegen ist (Art. 17 Al. 3) die Beschwerde jederzeit zulässig. Der Schuldner hat lediglich zu beweisen, daß er innert der gesetzlichen Frist z. B. einen eingeschriebenen Brief an das zuständige Betreibungsamt der Post übergeben[42] oder beim Betreibungsbeamten vorgesprochen hat. Gelingt ihm der Beweis dieser Tatsachen, so werden diese als genügendes Indiz für die Zulässigkeit des Rechtsvorschlages betrachtet. Dabei bleibt praktisch der Fall vorbehalten, wo dem Betriebenen bewiesen werden kann, daß er nach der Zustellung des Zahlungsbefehls aus einem andern Grund im Amtslokal des Betreibungsbeamten erschienen ist.[43]

Eine solche Indizienwürdigung ist bundesrechtlich nicht anfechtbar. Insbesondere darf man, solange nicht das Gegenteil nachgewiesen ist, ohne Verletzung von Bundesrecht annehmen, daß der Schuldner in diesem Zeitpunkt Rechtsvorschlag erhoben habe. Das beste Beweismittel bildet freilich auch hier dasjenige des Art. 74 Al. 3 (Bescheinigung durch das Betreibungsamt). Andere Beweismittel sind jedoch stets zulässig; der Nachweis der Unrichtigkeit eines öffentlichen Registers darf nach ZGB Art. 9 an keine besondere Form gebunden werden.

So hat der Schuldner z. B. bei der schriftlichen Rechtsvorschlagserklärung, die er durch die Post dem Betreibungsamt zukommen läßt, dafür zu sorgen, daß die entsprechende Zeitangabe beigegeben wird; denn mangels Gegenbeweises wird der Poststempel als Zeugnis der Aufgabe verwendet.[44] Dies spielt vor allem dann eine Rolle, wenn der Betriebene seinen Rechtsvorschlag erst am letzten Tage, kurz vor 18 Uhr, der Post übergibt.

V. Die dreitägige Rechtsvorschlagsfrist[45]

Diese ausnahmsweise kurze Dauer der Frist zur Erklärung des Rechtsvorschlages mußte als Folge der materiellrechtlichen

[40] BG 32 I 111; ZR 6. 137.
[41] BG 25 I 22; SJZ II 1054.
[42] BG 25 I 55.
[43] BG 42 III 38.
[44] BG 25 I 55; 37 I 136.
[45] Art. 282 Al. 2: «In denjenigen Fällen, in denen der Art. 265 OR dem Vermieter für die Auflösung des Mietvertrages die Ansetzung einer Frist von 6 Tagen gestattet, ist die Frist zur Anbringung des Rechtsvorschlages auf 3 Tage herabzusetzen.»

Bestimmungen des Art. 265 OR aufgenommen werden. Daselbst wird dem Vermieter das Recht eingeräumt, einem Mieter, der sich vor Ablauf der Mietzeit mit der fälligen Zinszahlung im Rückstand befindet, eine Frist von 6 Tagen anzusetzen, mit deren unbenütztem Ablauf der Mietvertrag als aufgelöst betrachtet wird. Da im allgemeinen dem betriebenen Schuldner zur Erhebung des Rechtsvorschlages 10 Tage zur Verfügung stehen, sah man sich gezwungen, entweder dem Schuldner ohne weiteres einen nachträglichen Rechtsvorschlag zuzubilligen oder die Rechtsvorschlagsfrist zu verkürzen. Mit Rücksicht darauf, daß es sich nur um Mieten handelt, die auf weniger als ein halbes Jahr geschlossen sind, glaubte der Gesetzgeber im Interesse der Vermieter eine Verkürzung der Rechtsvorschlagsfrist verantworten zu können. Eine Ansetzung einer Frist von mehr als 6 Tagen, so z. B. die ordentliche von 10 Tagen, hätte keinen Sinn gehabt, indem bereits nach 6 Tagen eine Exmission stattfinden kann.

Eine Verkürzung der Rechtsvorschlagsfrist tritt ohne weiteres als Konsequenz der Angaben des Gläubigers ein.[46] Eine Beschwerde gegen die Verfügung des Betreibungsbeamten ist nur dann möglich, wenn geltend gemacht wird, daß die Frist vom Betreibungsamt in einer den Art. 282 Z. 2 verletzenden, d. h. den Angaben des Gläubigers nicht entsprechenden Art und Weise berechnet worden sei.[46]

§ 5. Inhalt[1]

I. Allgemeines[2]

Aus Art. 69 Z. 3 geht hervor, daß das Mittel des Rechtsvorschlages dem Betriebenen nicht schlechthin dazu gegeben ist, die angehobene Betreibung aus irgend einem Grunde zur Einstellung zu bringen,[3] sondern nur um zu verhindern, daß für einen nicht bestehenden, noch nicht fälligen oder nicht durch Betreibung[4] realisierbaren Forderungsanspruch ein Betreibungsverfahren gegen ihn durchgeführt werde. Hieran ändert

---

[46] Jaeger, Art. 282 N 4 u. 7; Blumenstein, a. a. O. S. 517.

[1] Für den teilweisen Rechtsvorschlag vgl. man § 9, für den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung § 11, für denjenigen in der Arrestbetreibung § 13, in der Betreibung für Miet- und Pachtzins § 13, in der Pfandverwertungsbetreibung § 14 und für den Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens § 12.

[2] Art. 69, Z. 3: «Der Zahlungsbefehl enthält: 3. die Mitteilung, daß der Schuldner, welcher die Forderung oder einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, bestreiten will, innerhalb 10 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls dem Betreibungsbeamten dies zu erklären (Rechtsvorschlag zu erheben) hat.»

[3] BG 23.132; 23.962; 31 I 130; A X 5.

[4] BG 27 I 47.

auch der Wortlaut des Art. 75[5] nichts. Dieser Artikel ist von der Praxis[6] so ausgelegt worden, daß der Betriebene nicht verpflichtet sei, seinen Rechtsvorschlag zu begründen. Aus der allgemeinen Fassung des Art. 69 Z. 3 folgt trotzdem, daß bei der bloßen Erklärung des Betriebenen, Rechtsvorschlag zu erheben, anzunehmen ist, er wolle die Betreibung aus einem nach Art. 69 Z. 3 relevanten Grunde hemmen. Ein Rechtsvorschlag ohne jegliche Begründung muß deshalb als gültig behandelt werden,[7] d. h. der Rechtsvorschlag ist gültig, ohne daß das wirkliche Motiv, aus welchem der Betriebene die Hemmung der Betreibung verlangt, im Rechtsvorschlag näher angegeben zu werden braucht.[8] Hat aber statt dessen der Betriebene seiner Erklärung, Rechtsvorschlag erheben zu wollen, eine Begründung beigefügt, aus der hervorgeht, daß das Verlangen nach Einstellung der Betreibung den Voraussetzungen von Art. 69 Z. 3 nicht entspricht, so kann eine solche Erklärung in ihrer Gesamtheit gewürdigt, ihrem wirklichen Sinne nach, nie oder doch regelmäßig nicht als eigentlicher, mit den gesetzlichen Wirkungen ausgestatteter Rechtsvorschlag angesehen werden. Es ist dies vielmehr eine rechtlich nicht relevante Erklärung, welcher die Wirkungen des Rechtsvorschlages nicht beigelegt werden können.[9] Der Rechtsvorschlagserklärung soll entnommen werden, was ihr wirklich zu Grunde liegt.[8]

Zu einem inhaltlich gültigen Rechtsvorschlag bedarf es zudem einer definitiven Erklärung, d. h. einer mündlichen oder schriftlichen Aeußerung, aus der hervorgeht, daß der Schuldner die Forderung oder das Recht zur Eintreibung in ihrem ganzen Umfang oder in einem von ihm nicht bestimmbaren Teil bestreiten wolle.[10] Eine Erklärung, die nur den Willen enthält, vorläufig einen unbestimmten Teil der in Betreibung gesetzten Forderung zu bestreiten und zwar in dem Sinne, daß der Erklärende sich noch über den anzuerkennenden Betrag vergewissern müsse, bevor er sich endgültig aussprechen könne, kann nicht als Rechtsvorschlag aufgefaßt werden. Es ist dies bloß eine vorläufige Anmeldung eines künftig zu erhebenden Einspruches. Das Inaussichtstellen einer Erklärung darf nicht dieser selbst gleichgestellt werden.[10]

Die in der Rechtsvorschlagserklärung als erfolgt angerufene Zahlung kann nicht als eine Anerkennung der Forderung und damit als ungültiger Rechtsvorschlag betrachtet werden,

---

[5] Art. 75: «Wer seinen Rechtsvorschlag begründet, verzichtet damit nicht auf weitere Einreden.»

[6] BG 23.56; Jaeger, Art. 25 N 1; Heuberger, Art. 74 N 5; Blumenstein, a. a. O. S. 252; Martin, a. a. O. S. 57.

[7] Overbeck, a. a. O. S. 42.

[8] BG 31 I 130; 42 III 68; SJZ V 195; A XII 57.

[9] BG 26 I 64; ZBJ 39.783.

[10] BG 38 I 53; SJZ XV 87; XXIII 89.

sondern es handelt sich hier um einen Erlöschungsgrund der Forderung, durch dessen Geltendmachung dem Gläubiger das Recht bestritten wird, auf dem Betreibungswege gegen den Schuldner vorzugehen. [11]

Der Rechtsvorschlag, in welchem der Betriebene geltend macht, daß die Forderung einer andern Person zustehe als dem Betreibenden, enthält nicht eine verfrühte Anmeldung eines Drittanspruches im Sinne von Art. 106—109 SchKG, sondern ist als bloße Bestreitung der Zahlungspflicht gegenüber dem betreibenden Gläubiger aufzufassen. Der Dritte ist damit noch nicht als Gläubiger anerkannt. Der Schuldner macht darauf aufmerksam, daß es streitig sei, wem die Forderung zustehe. Das Bundesgericht [12] hat in diesem Fall die Bestimmung des alten und neuen OR angerufen, wonach sich der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung befreien könne (speziell bei Abtretung einer Forderung). Mit dieser Hinterlegung sei dargetan, daß die Behauptung eines Dritten, auf die Forderung Anspruch zu erheben, die Zahlungsverweigerung des betreffenden Schuldners rechtfertige. Damit sei anzunehmen, es liege in der Tat eine Bestreitung der Zahlungspflicht, also ein inhaltlich gültiger Rechtsvorschlag vor. Es ist dies wohl zutreffend, soweit diese Erklärung auf das Recht, die Forderung durch Betreibung geltend zu machen, bezogen wird. Denn an und für sich besteht eine Forderung, und zwar gerade die in Betreibung gesetzte, zu Recht. Der Schuldner bestreitet nur das Recht des Betreibenden, diese geltend zu machen, d. h. seine sachliche Legitimation. Eine Bestreitung der Zahlungspflicht darf aus einer solchen Erklärung allgemein nicht herausgelesen werden. Das Gegenteil gilt für den Fall, wo der Betriebene seine Schuldnerqualität bestreitet und damit die Zahlungspflicht verneint.

Eine Rechtsvorschlagserklärung, in welcher der Schuldner nicht die Forderung an sich bestreitet, sondern lediglich geltend macht, daß er mangels einer genauen Rechnung weder die Höhe der Forderung, noch ihre Fälligkeit bestimmen könne, richtet sich gegen das Recht des Gläubigers, zu dieser Zeit Betreibung anzuheben. Das Bundesgericht [13] hat eine solche Erklärung als Bestreitung der Zahlungspflicht an und für sich ausgelegt. Diesem Entscheid kann nur bedingt zugestimmt werden. Nachdem die bundesgerichtliche Praxis [14] hinsichtlich der Bestreitung der ganzen oder teilweisen Zahlungspflicht allmählich wieder zu größerer Berücksichtigung des Art. 74 Al. 2 geführt hat, könnte ein solcher Rechtsvorschlag, in dem ledig-

[11] BG 38 I 99.
[12] BG 38 I 32.
[13] BG 41 III 9.
[14] BG 30 I 22; 42 III 23; 53 III 12.

lich Spezifikation der Rechnung verlangt, die Zahlungspflicht als solche damit anerkannt wird, nur unter bestimmten Umständen als gegen die ganze Forderung gerichtet gelten, und zwar nur dann, wenn aus der Erklärung des betriebenen Schuldners hervorgeht, daß er sich nicht in der Lage befindet, den Umfang seiner Zahlungspflicht genau festzustellen.[15]

Ob die Formulierung des Rechtsvorschlages durch den Betriebenen selbst, durch seinen Anwalt oder auf den Rat des Betreibungsbeamten stattgefunden hat, spielt keine Rolle.[16] Stets findet durch den Betreibungsbeamten eine objektive Prüfung des Inhalts der Rechtsvorschlagserklärung statt, deren Resultat Schuldner und Gläubiger auf dem Beschwerdeweg überprüfen lassen können. Bei dem Rate des Betreibungsbeamten handelt es sich um eine derjenigen eines Dritten gleichgestellte Aeußerung, der keine spezielle Wirkung zukommt. Auch sie untersteht der spätern amtlichen Kognition des Amtes und auf Beschwerde hin derjenigen der Aufsichtsbehörde.

Es war lange Zeit Uebung der Praxis,[17] die Rechtsvorschlagserklärung in zwei voneinander unabhängigen Teilen zu betrachten; einerseits die allgemeine Erklärung, Recht vorzuschlagen, anderseits die dieser beigefügte Begründung. Dabei wurde dem zweiten Teil der Erklärung gestützt auf Art. 75 jegliche Wirkung abgesprochen. Davon ist die Praxis später[18] abgekommen. Die Erklärung wird heute, wie bereits ausgeführt, als Ganzes auf ihren vernünftigen Sinn geprüft und eine ihr beigefügte Begründung nicht als unwirksam aufgefaßt. Das Gesetz knüpft den Rechtsvorschlag an bestimmte innere Voraussetzungen (Bestreitung des Bestandes der Forderung selbst oder des Rechts, auf dem Betreibungsweg vorzugehen). Deshalb kann ein Rechtsvorschlag nicht als gültig betrachtet werden, aus dessen Inhalt ersichtlich ist, daß er sich auf Gründe stützt, die im Gesetz nicht vorgesehen sind.[19] Es ist nicht das Gleiche, ob eine Begründung nicht verlangt oder jegliche Begründung außer Acht gelassen wird.

Eine Rechtsvorschlagserklärung, in welcher der Betriebene geltend macht, daß eine Zahlungspflicht nicht bestehe, da vor Anhebug der Betreibung oder doch vor Zustellung des Zahlungsbefehls bezahlt worden sei, wird als gültig entgegengenommen.[20] Dagegen kann dieser Rechtsvorschlag nicht als gültig betrachtet werden, wenn erwiesen wird, daß die Zahlung erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls, also während der

---

[15] BG 25 I 70; 41 III 39.
[16] Jaeger, Art. 74 N 11; BG 42 III 23.
[17] BG 23.56; 47 III 25; A VI 6; SJZ XX 82.
[18] BG 50 III 25; ZBJ 62. 90.
[19] BG 23. 132; 25 I 70; ZBJ 39. 783.
[20] BG 38 I 99.

Rechtsvorschlagsfrist vorgenommen wurde.[21] Es darf in dieser Zahlung ein Beweis dafür erblickt werden, daß der betriebene Schuldner im Momente der Anhebung der Betreibung seine Zahlungspflicht anerkannt hat und zwar in dem Betrage, der im Zahlungsbefehl angegeben war. Infolgedessen hat er die Forderung nicht bestreiten wollen und nicht bestreiten können. Die auf dem Zahlungsbefehl nachträglich angebrachte Bemerkung richtet sich daher lediglich gegen eine allfällige Fortsetzung der Betreibung. Eine solche Erklärung hat jedoch rechtlich keine Bedeutung. Der Schuldner kann die Fortsetzung des Verfahrens jederzeit mit Hilfe einer gerichtlichen Klage nach Art. 85 einstellen lassen. Die Frage, ob ein solcher Rechtsvorschlag als gültig entgegengenommen werden darf oder nicht, spielt vor allem eine Rolle für die Liquidation der Kosten der angehobenen Betreibung, die bei Abweisung des Rechtsvorschlages vom Schuldner, andernfalls vom Gläubiger zu tragen sind.

Als Inhalt des Rechtsvorschlages genügt deshalb eine Erklärung, aus der deutlich der Wille des Schuldners hervorgeht, Recht vorzuschlagen (d. h. die Forderung oder das Recht zu deren Eintreibung auf dem Betreibungswege ganz oder teilweise zu bestreiten). Einwendungen gegen den Betreibungsort sind durch Beschwerde geltend zu machen. Der Wille, Rechtsvorschlag zu erheben, muß sich aus der Erklärung selbst ergeben. Mitteilungen, die der Schuldner nicht dem Betreibungsamt, sondern Dritten gemacht hat, werden nicht berücksichtigt.[22] Den Tag der Zustellung braucht der Schuldner im Rechtsvorschlag selbst nicht anzugeben, es genügt, wenn er diesen Zeitpunkt im Beschwerdeverfahren beweisen kann.

Der von Andreas Heusler in seinem Entwurf zum SchKG[23] vertretenen Auffassung, wonach der Belangte im Rechtsvorschlag den Grund angeben soll, weshalb er die Forderung bestreitet, ist das geltende Recht nicht beigetreten. Doch hat die spätere Praxis auch den gegenteiligen Standpunkt abgelehnt, wonach jegliche Begründung, mag sie lauten wie sie will, für die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Rechtsvorschlag erfolgt sei, unberücksichtigt bleibt.[24]

II. Beispiele

Zur praktischen Erläuterung der notwenigen Erfordernisse des Inhaltes einer Rechtsvorschlagserklärung werden im Folgenden eine Anzahl Beispiele mit kurzer Begründung aus der sehr umfangreichen Praxis der Gerichte und Aufsichtsbehörden angeführt.

[21] BG 54 III Nr. 2.
[22] A XII 57.
[23] Heuberger, Art. 75 N 1.
[24] BG 31 I 130.

Dabei ist vorauszuschicken, daß sich in der Praxis, speziell in derjenigen des Bundesgerichts, zweimal eine grundlegende Aenderung vollzogen hat, die sich speziell auf die Unterscheidung von ordentlichem, d. h. gegen die ganze Forderung gerichtetem, und von teilweisem Rechtsvorschlag bezieht. Ursprünglich wurde Art. 74 Al. 2 (teilweiser Rechtsvorschlag) sehr strenge angewendet. Alle Rechtsvorschagserklärungen, in denen nicht die Forderung als Ganzes bestritten war, eine genaue Angabe des bestrittenen Betrages jedoch fehlte, wurden als ungültig zurückgewiesen. Später änderte das Bundesgericht [25] seine Auffassung zu Gunsten des Schuldners ab, indem mangels einer Möglichkeit der Annahme eines teilweisen Rechtsvorschlages eine teilweise Bestreitung als ordentlicher Rechtsvorschlag aufgefaßt wurde. Das Bundesgericht stützte sich dabei auf die allgemein wohl richtige Auffassung, daß das Institut des Rechtsvorschlages vor allem dem Schuldner dienen will. Neuerdings ist das Bundesgericht [26] wieder zu seiner ursprünglichen Auffassung zurückgekehrt, wonach der Inhalt einer Rechtsvorschlagserklärung einem wesentlich strengeren Maßstab unterworfen wird.

Aus diesen Gründen sind die nachfolgenden Beispiele unter sich widersprechend und als Spiegel der jeweilen geltenden Praxis aufzufassen.

A. Als gültige Rechtsvorschläge sind angenommen worden: [27]

«Erhebe Rechtsvorschlag. Anerkenne ca. Fr. 1500.— und bestreite die Richtigkeit der Differenz von ca. Fr. 2400.—.»

Enge Interpretation von Art. 74 Al. 2, weil durch weite Interpretation im allgemeinen eher der redliche Schuldner, der sich seinen Gläubigern gegenüber zu Auseinandersetzungen herbeiläßt, benachteiligt würde (BG 23. 56; 47 III 25).

«Erhebe Rechtsvorschlag für einen Teil des Betrages, überhaupt verlange ich eine genaue Abrechnung.» — Nach der Ansicht des Bundesgerichtes ist hier die gesamte Forderung bezüglich ihrer Liquidität und damit das Recht, sie auf dem Wege der Betreibung geltend zu machen, bestritten. Bei der Interpretation muß die ganze Erklärung verwendet werden (25 I 70).

«Refuser la poursuite No. 1146.» — Das Bundesgericht hat diese Erklärung als Bestreitung des Rechtes, auf dem Betreibungswege vorzugehen, betrachtet. Von rechtsunkundigen Personen könne nicht verlangt werden, daß sie sich juristisch vollkommen ausdrücken (42 III 68).

[25] BG 25 I 79; 47 III 25.

[26] BG 41 III 39; SJZ XXII 250.

[27] Teilweise Jaeger, Art. 74 N 11 entnommen; vgl. auch Deshayes, a. a. O. S. 162 ff und die bundesgerichtlichen Entscheide, die bei jedem Fall angeführt sind.

«Si la formale opposizione per l'impossibilità assoluta.» — Der erste Teil dieser Erklärung sei ein gültiger Rechtsvorschlag, der zweite bloße Begründung und deshalb unwirksam, so argumentiert die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer. Schaden dürfe der Schuldner nicht dadurch erleiden, daß er mehr tue, als zu was er verpflichtet sei (47 III 25).

«Gegen obige Forderung wird Rechtsvorschlag erhoben wegen Ueberforderung. Ueberhaupt wird vorerst Ausrechnung verlangt.» — Die Aufsichtsbehörde von Bern hat diesen Rechtsvorschlag als Bestreitung der Liquidität der Forderung aufgefaßt, da dem Schuldner selbst die notwendigen Unterlagen mangeln, den Betrag seiner Schuld genau festzustellen (ZBJ 40, 465). Damit ist der Rechtsvorschlag gültig.

«Es wird Rechtsvorschlag erhoben, da teilweise Kommissionsware und Gewichtsdifferenzen.» — Die Anführung des materiellen Verhältnisses als Begründung des Rechtsvorschlages führt hier zur Ueberprüfung durch das Gericht, was nur auf dem Wege des Rechtsvorschlages möglich ist. Die bernische Aufsichtsbehörde glaubt, daß der Schuldner mit dem zweiten Teil seiner Erklärung den ersten nicht einschränken will, sondern dieser lediglich als Begründung gedacht sei. Als Ganzes genommen, könne diese Erklärung als gegen die Betreibung im ganzen Umfang gerichtet angesehen werden, damit vorerst das materiellrechtliche Schuldverhältnis abgeklärt werde (ZBJ 59. 134).

«Annahme verweigert.» — In dieser Formulierung bezieht sich der Rechtsvorschlag auf den Inhat des Zahlungsbefehls, die Forderung soll damit bestritten werden (SJZ X 189).

«Erhebe Rechtsvorschlag.» — Das ist der typische Fall des lakonischen Rechtsvorschlages, wie ihn das Gesetz nach seinem Wortlaut im Auge hatte. Dieser Rechtsvorschlag ist auch ohne Unterschrift gültig, wenn nur die Erklärung unter der im Zahlungsbefehl mit Rechtsvorschlag überschriebenen Rubrik steht (SJZ VI 107).

«Rechtsvorschlag aus Gegenrechnung.» — Der Schuldner hält sich als überhaupt nicht zahlungspflichtig, solange nicht das zu Grunde liegende Schuldverhältnis festgelegt ist (A IV 11). Es handelt sich deshalb um eine Bestreitung des Rechts, auf dem Betreibungswege vorzugehen.

«Weil bezahlt.» — Diese Erklärung stellt einen gültigen Rechtsvorschlag dar, weil die Schuldpflicht vollständig bestritten wird (A XII 69).

«Rechtsvorschlag, offeriere Fr. 5059.50 per Saldo.» — Diese Umschreibung des Rechtsvorschlages wird als Vergleichsvorschlag betrachtet und gilt damit als gegen die ganze Forderung gerichtet (A XII 95).

Die bloße Ausfüllung des für den Rechtsvorschlag bestimmten Raumes im Zahlungsbefehl mit der Unterschrift des Schuldners ist als gültiger Rechtsvorschlag angenommen worden (ZBJ 36, 200).

«Ich verweigere die Zahlung, denn ihr Kommis hätte noch einmal bei mir vorsprechen sollen; er hat es nicht getan; nun schulde ich Ihnen Fr. 104.—, die ich zahlen werde, sobald ich kann.» (A 3. 93). Mit der Annahme einer solchen Erklärung als gültigen Rechtsvorschlag geht das Bundesgericht in der Interpretation des Art. 75 zu weit.

«Maßangabe nicht anerkannt; Ausmaß wird verlangt.» (A 4. 11). «Der Betriebene bestreitet die Richtigkeit der Höhe der geltend gemachten Forderung; die obgenannte Forderungssumme entspricht nicht der Wahrheit.» (A 5. 1). «Die Herren X sind beauftragt die Angelegenheit zu ordnen.» (A 5. 23). «Nicht verpflichtet.» (A 5. 89). «Rechtsvorschlag wegen Ueberforderung. Ueberhaupt wird zuerst Abrechnung verlangt.» (ZBJ 40, 465). «Gegen den Zahlungsbefehl nebst Folgen wird Rechtsvorschlag erhoben, da der Betriebene die Richtigkeit der Höhe der geltend gemachten Forderung und die Zahlungspflicht der geforderten Kosten einer refüsierten Nachnahme bestreitet.» (A 5. 1). «Rechtsvorschlag, weil ich nicht alles schuldig bin.» (ZBJ 46, 706).

B. Ungültige Erklärungen:

Daß oft ähnliche und gleichklingende Erklärungen als ungültig angesprochen werden, die in andern Fällen zur Annahme von Rechtsvorschlägen geführt haben, zeigen die nachfolgenden Beispiele.

«Je fais opposition parce que je ne possède rien et je ne pense payer dans ce moment.» (BG 23. 132). Es fehlt eine der vom Gesetze zur Erhebung des Rechtsvorschlages verlangten Voraussetzungen. Wenn das Betreibungsamt diesen Mangel aus der Erklärung ersehen kann, so ist der Rechtsvorschlag ungültig. Dem steht nicht entgegen, daß nach Art. 75 der Rechtsvorschlag keiner Begründung bedarf, indem er solange als gültig betrachtet wird, als nicht aus ihm selbst der Mangel der notwendigen Voraussetzungen hervorgeht. Der Rechtsvorschlag gewährt dem Schuldner mit seiner Bedürfnislosigkeit an Form und Begründung vollkommen genügenden Schutz, ohne daß das Gesetz noch mit Gewalt falsch interpretiert werden muß. Solche Rechtsvorschläge sind im Interesse der Prozeßökonomie zurückzuweisen.

«Je vous retourne ce commendement de payer pour la pharmacie. Je lui dois bien une petite note depuis le 15 février 1903 pour le compte de mon mari, ils devaient intervenir dans sa faillite.» (BG 30 I 22.) Weil die Schuldnerin imstande ist,

selbst festzustellen, was sie nach ihrer Ansicht schuldet, ist der Rechtsvorschlag mangels genauer Angabe des bestrittenen Betrages ungültig.

«Ein Teil der Rechnung wird bestritten.» — Dies ist der typische Fall, wo die als Rechtsvorschlag gegen die ganze Forderung gedachte Erklärung als ungültig zurückgewiesen werden muß. Weder der Bestand der Forderung an und für sich, noch die Liquidität wird bestritten. Man kann dieser Aeußerung nicht entnehmen, ob der Schuldner in der Lage ist, den Teil der Rechnung, den er bestreitet, selbst zu bestimmen. Wenn ihm das Letztere nicht möglich ist, so muß er dies auf irgend eine Art erkennen lassen, dann fehlt die Liquidität der Forderung (BG 42 III 23).

«Mon mari étant absent, je ne puis prendre à sa place la responsabilité de reconnaitre la dette.» — Entgegen dem Entscheid der genferischen Aufsichtsbehörde hat das Bundesgericht diese Erklärung als ungültigen Rechtsvorschlag zurückgewiesen. Wenn sich der Betriebene zu keiner Stellungnahme entscheiden kann und sich an der Betreibung desinetressiert, so nimmt sie mangels eines Rechtsvorschlages ihren ordentlichen Fortgang. Besonders da, wo der eigentliche Schuldner vom Gesetz ein anderes Mittel in Form des nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77) erhalten hat, darf in der extensiven Interpretation des Gesetzes nicht weiter gegangen werden, als unbedingt notwendig ist (BG 48 III 2).

«Erhebe Rechtsvorschlag, indem die Schuld zum größten Teil getilgt ist.» (BG 53 III 12.) Dieser Rechtsvorschlag ist mangels genauer Angabe des bestrittenen Betrages ungültig. Als Bestreitung der Liquidität kann die Aeußerung nicht aufgefaßt werden, da der Schuldner in keiner Weise zu erkennen gibt, daß er nicht in der Lage sei, die Höhe seiner Verrechnungsforderung genau anzugeben.

«Zahlungsunfähig.» (ZBJ 39. 783.) Das Gesetz knüpft die Erteilung des Rechtsvorschlages an gewisse Voraussetzungen, die der Betriebene mit diesem einzigen Worte als nicht vorhanden bezeichnet. Er zeigt damit nur an, daß er im Momente nicht zahlen könne und das Betreibungsverfahren für den betreffenden Gläubiger zu keinem positiven Erfolge führen würde.

«Reconnaissons partiellement, faisons opposition.» — Mangels genauer Angabe des bestrittenen Teiles ist diese Erklärung kein gültiger Rechtsvorschlag. Mangelnde Liquidität ist daraus nicht ersichtlich. Anerkennt der Schuldner eine Forderung teilweise, so muß aus dem übrigen Inhalt der Erklärung unzweideutig hervorgehen, daß sich die Bestreitung trotzdem auf die ganze Forderung beziehen soll (ZBJ 62. 90),

«Opposition, pas d'accord, somme pas exacte.» (SJZ XII 250.) Es ist dies keine grundsätzliche, sondern bloß eine teil-

weise Bestreitung der Zahlungspflicht. Hier ist erneut ersichtlich, wie schwierig es ist, zu untersuchen, ob teilweise Bestreitung im Sinne des teilweisen Rechtsvorschlages oder Bestreitung der Liquidität vorliegt. In Analogie zu diesem Fall sollten alle Aeußerungen, die als teilweiser Rechtsvorschlag in Frage kommen können, jedoch weder genaue Angabe des bestrittenen Betrages, noch offensichtliche Bestreitung der Liquidität enthalten, zurückgewiesen werden.

«Als Testamentsvollstrecker habe ich die Verpflichtung, mich von der Berechtigung und Richtigkeit der Steuerforderungen zu überzeugen, was bei den Kriegsverhältnissen einige Zeit in Anspruch nimmt. Bis dahin muß ich mir meine Stellungnahme zu den Forderungen, bezw. einen etwaigen Einspruch vorbehalten.» (SJZ XV 87.) Mangels einer definitiven Erklärung liegt in dieser Umschreibung kein gültiger Rechtsvorschlag.

«Refusé, Th. W. . .» (SJZ VIII 356.) Aus dieser Erklärung kann nicht der Wille gelesen werden, die in Betreibung gesetzte Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen zu bestreiten. (Waadt Kant. Gericht A 26 III 1912.)

III. Der Vergleichsvorschlag im Rechtsvorschlag

Das Bundesgericht geht bei der Beurteilung der Wirkung eines Vergleichsvorschlages im Rechtsvorschlag vom Wortlaut des Zahlungsbefehles aus. Wird im Rechtsvorschlag weder die gesamte Forderung, noch ein Teil derselben bestritten, sondern dem Gläubiger eine bestimmte Summe angeboten, mit deren Bezahlung sich der betreffende Schuldner endgültig zu befreien wünscht («Opposition; offre de payer pour solde une somme de frs. 5059.50»), so soll [28] diese Erklärung nicht als teilweise Anerkennung der in Betreibung gesetzten Forderung aufgefaßt werden, sondern als Offerte, mit deren Annahme die Angelegenheit für beide Teile als erledigt zu betrachten ist. Will der Gläubiger diesen Vorschlag nicht annehmen, so soll die Erklärung als Rechtsvorschlag gegen die ganze Forderung aufgefaßt werden. [29] Der Schuldner anerkennt damit keineswegs die von ihm vorgeschlagene Summe als seine Schuld, sondern er ist lediglich bereit, die angebotene Summe zu bezahlen, wenn der Gläubiger diesen Betrag als Tilgung der ganzen Schuld annehmen und damit das gegenseitige Verhältnis als liquidiert betrachten will. Der Gläubiger müßte damit auf seine im Zahlungsbefehl verurkundete höhere Forderung Verzicht leisten. Der Betriebene unterbreitet dem Gläubiger diesen Vorschlag, um einen Prozeß zu vermeiden.

[28] BG 34 I 185; A X 38; XII 95; anders A VI 21.
[29] A XII 95.

Dieser Auffassung können indes folgende Ueberlegungen entgegengehalten werden: Nach dem Wortlaut des Gesetzes dient der Rechtsvorschlag dazu, entweder die Forderung selbst, einen Teil derselben oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, zu bestreiten.[30] Entgegen seiner früheren Praxis hat das Bundesgericht[31] in neuerer Zeit angenommen, daß eine dem Rechtsvorschlag beigefügte Begründung insoweit Beachtung finden soll, als sich aus ihr ergibt, daß sich der Schuldner aus Gründen, die gesetzlich nicht vorgesehen sind, der Betreibung widersetzt. Aus dem Vergleichsvorschlag im Rechtsvorschlag geht aber hervor, daß der Schuldner nicht den Bestand der Forderung als socher, sondern lediglich ihre Höhe beanstandet. Damit bestreitet er auch keineswegs das Recht, sie mangels Liquidität auf dem Betreibungswege geltend zu machen. Seinen eigenen Angaben gemäß ist er ohne weiteres in der Lage, die Höhe der Forderung allein zu ermitteln. Gerade dies ist der typische Fall, wo im allgemeinen mangels genauer Angaben ein auf die ganze Forderung gerichteter Rechtsvorschlag abgewiesen wird, weil der Schuldner den bestrittenen Betrag nicht angibt, trotzdem ihm, seinen Aeußerungen gemäß, dies festzustellen nicht schwer gefallen wäre. Warum nun gerade hier, wo der Schuldner deutlich eine maximale Begrenzung der Schuldpflicht anerkennt, ein auf die ganze Forderung gerichteter Rechtsvorschlag angenommen werden soll, ist nicht einzusehen. Das Gesetz hat dem Betriebenen das Mittel des Rechtsvorschlages nicht gegeben, um bei dieser Gelegenheit mit dem Gläubiger Verhandlungen anzuknüpfen. In beiden Fällen sind die praktischen Auswirkungen dieselben, ob der Vergleichsvorschlag als teilweiser oder als vollständiger Rechtsvorschlag betrachtet wird. Doch läßt sich die Auffassung, wonach der Vergleichsvorschlag als teilweiser Rechtsvorschlag betrachtet wird, mit der Praxis[32] in Rechtsvorschlagssachen besser in Einklang setzen. Will sich der Gläubiger mit der Offerte des Schuldners zufrieden geben, so tut er dies wahrscheinlich auch ohne die vom Schuldner in die Rechtsvorschlagserklärung aufgenommene, resp. von der Praxis in diese hineingelegte Drohung. Kann er sich dagegen damit nicht einverstanden erklären, so hat er nach der Auffassung des Bundesgerichts das Rechtsöffnungsverfahren oder den ordentlichen Prozeßweg für die ganze Forderung zu betreten. Es ist jedoch vorteilhafter, wenn der Gläubiger nicht für die ganze Forderung den Prozeßweg beschreiten muß, sondern für den im Vergleichsvorschlag anerkannten Teil der Forderung die Betreibung fortsetzen kann. Will er nun noch ein Mehreres, so hat er wieder-

[30] Art. 69 Z. 3.
[31] BG 31 I 130.
[32] ZBJ 62. 90; SJZ XII 250; BG 53 III 12.

um, in diesem Falle freilich nur für den Restbetrag, den Rechtsvorschag zu beseitigen. Dabei hat der Gläubiger in beiden Fällen die Kosten des von ihm angehobenen gerichtlichen Verfahrens zu tragen, wenn er nicht durchdringt (nach allgemeinen Prinzipen im Zivilprozeß). Der einzige Unterschied besteht darin, daß sich der Streitwert in den verschiedenen Verfahren nicht gleich hoch beläuft. Kosten erwachsen dem Schuldner in beiden Fällen nur, wenn sein Rechtsvorschag nicht begründet ist.

Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, den im Rechtsvorschlag gemachten Vergleichsvorschlag als gültigen teilweisen Rechstvorschlag zu behandeln.

IV. Abänderung des Rechtsvorschlages während der Frist

Eine Abänderung des Rechtsvorschlages nach Abauf der Frist ist höchstens in der Weise zulässig, daß der Rechtsvorschlag ganz oder teilweise zurückgezogen wird, sodaß die Betreibung für die ganze Forderung oder einen Teil derselben fortgesetzt werden kann. [33]

Wie verhält es sich jedoch mit einer Abänderung des Rechtsvorschlages während der Dauer der Frist?

Innerhalb der ihm vom Gesetz (Art. 69 Z. 3) vorgesehenen 10tägigen Frist kann der betriebene Schuldner seinen Rechtsvorschlag beliebig abändern; maßgebend für Form und Inhalt desselben ist seine letzte Erklärung. [34] Der Gesetzgeber hat dem Schuldner zur Ueberlegung und Erklärung des Rechtsvorschlages 10 Tage, von der Zustellung des Zahlungsbefehls an, einräumen wollen. Der Schuldner soll deshalb, solange diese Frist nicht abgelaufen ist, den Rechtsvorschlag so formulieren können, wie es ihm beliebt. Er darf einen ersten, formell unrichtigen Rechtsvorschlag innert der Frist durch einen gültigen ersetzen und so auch einen bereits gültigen durch einen abgeänderten. [35] Das Recht, gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag zu erheben, ist eines der wichtigsten und hauptsächlichsten, die das Gesetz dem Schuldner gewährt und es soll ihm daher nicht geschmälert werden. [35]

Dem widerspricht auch nicht Art. 76 Al. 2. [36] Es handelt sich hier um eine reine Ordnungsvorschrift. Das Gesetz beabsichtigt, den Gläubiger sobald als möglich, spätestens nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist, darüber aufzuklären, was er weiter vorkehren muß, um sein Recht durchzusetzen. In

[33] BG 51 III 10.
[34] BG 32 I 87; SJZ IV 313; Jaeger, Art. 74 N 4 I f.; A XI 8.
[35] BG 32 I 87; Martin, a. a. O. S. 57.
[36] Art. 76 Al. 2: «Diese Ausfertigung wird dem Betreibenden unmittelbar nach dem Rechtsvorschlag, und wenn ein solcher nicht erfolgt ist, sofort nach Ablauf der Bestreitungsfrist zugestellt.»

der Praxis ist das Betreibungsamt meist erst nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist in der Lage, dem Gläubiger Mitteilung zu machen, ob ein Rechtsvorschlag erfolgt ist oder nicht.

Praktisch hat deshalb eine Billigung dieser Aenderung für den Gläubiger keine wesentlichen Nachteile. War z. B. im ersten Rechtsvorschlag der Betrag nur teilweise bestritten, im nachfolgenden jedoch ganz, so erleidet der Gläubiger keinen großen Schaden. Er hätte auf Grund des ersten Rechtsvorvorschlages auch erst nach 20 Tagen das Fortsetzungsbegehren für den anerkanten Teil stellen können. Jetzt muß er statt dessen das Rechtsöffnungs- oder das ordentliche Verfahren einleiten. Der einzige Nachteil kann darin bestehen, daß er eine nach der ersten Rechtsvorschlagserklärung bereits eingeleitete Klage nachträglich abändern muß, was keine wesentliche Belastung darstellt und in der Regel (speziell nach der bernischen ZPO Art. 94) ohne große Schwierigkeiten durchzuführen sein wird.

Ob die im ersten Rechtsvorschlag erklärte teilweise Anerkennung als rechtsgültige Anerkennung[37] der Schuld aufzufassen ist, untersteht nicht der Kognition der Betreibungsbehörden, sondern als Frage des materiellen Zivilrechts der gerichtlichen Prüfung; sie spielt aber für die hier beurteilte, rein betreibungsrechtliche Frage keine Rolle.

§ 6. Legitimation

I. Aktivlegitimation

A. Der betriebene Schuldner

Legitimiert zur Erhebung eines Rechtsvorschlages ist der Betriebene (Art. 69 Z. 3, 74 Al. 1). Als solcher kommt vor allem derjenige in Betracht, gegen welchen der Zahlungsbefehl gerichtet ist, d. h. derjenige, welcher auf dem Zahlungsbefehl als Schuldner bezeichnet wird.[1] Nach der neuen Praxis des Bundesgerichts wird ihm in der Betreibung auf Pfandverwertung der Dritteigentümer[2] gleichgestellt; auch dieser kann gegen das ihm gemäß Art. 153 Al. 2 zugestellte Zahlungsbefehlsdoppel zum Schutze seines Eigentumsrechtes Rechtsvorschlag erheben. Gleich dem im Zahlungsbefehl als Schuldner genannten ist jedoch auch derjenige zum Rechsvorschlag berechtigt, auf welchen die passive Legitimation nachträglich, d. h. im Laufe der Betreibung, übergegangen ist.[3] Ein solcher Uebergang der Legitimation wird vor allem praktisch bei der Fortsetzung einer gegenüber dem Erblasser angehobenen Be-

[37] Vgl. Jaeger, Art. 74 N 11.
[1] Blumenstein, a. a. O. S. 250.
[2] Vgl. § 14 II dieser Arbeit.
[3] Blumenstein, a. a. O. S. 250.

treibung gegen die Erbmasse (Art. 49) oder gegen die Erben (Art. 59 Al. 3). Die Erben, resp. ein vorhandener Massaverwalter, sind legitimiert, soweit die Erhebung des Rechtsvorschlages überhaupt noch möglich ist. Analog verhält es sich bei der Schuldübernahme (Art. 176 f. OR) im Laufe der Rechtsvorschlagsfrist. Mit dem Eintritt in das Schuldverhältnis, dessen Gültigkeit sich nach dem OR richtet, geht die passive Legitimation zum Verfahren und zur Sache auf den Eintretenden über, sodaß dieser zur Erhebung des Rechtsvorschlages legitimiert erscheint.

Ist der Betriebene eine juristische Person oder eine Gesellschaft (Art. 46 Al. 2), so sind zunächst die in Art. 65 genannten Personen zur Erhebung des Rechtsvorschlages berechtigt. Es sind dies einerseits die Vertreter der Gesellschaft, anderseits jeder Beamte oder Angestellte. Ob eine Rechtsvorschlagserklärung als Erklärung der Gesellschaft selbst oder als stellvertretungsweise, sei es mit oder ohne Auftrag abgegeben, zu betrachten ist, richtet sich nach den Bestimmungen des OR über Handlungen der Gesellschaft und ihrer Vertreter. Wo es sich um juristische Personen handelt, kann als Rechtsvorschlag der juristischen Person selbst nur die Erklärung angesehen werden, welche von einem nach Gesetz oder Statuten zuständigen Organ abgegeben wurde.

Voraussetzung der Legitimation zum Rechtsvorschlag ist nicht allein die passive Legitimation zur Sache oder zum Verfahren, sondern es bedarf eines gewissen Grades von Handlungsfähigkeit. Da es sich aber beim Rechtsvorschlag nicht um die Begründung von Verbindlichkeiten handelt, kann auch ein im Sinne von ZGB Art. 19 beschränkt Handlungsfähiger selbst gültig Rechtsvorschlag erheben.[4] Dagegen vermögen die Handlungen eines gänzlich Handlungsunfähigen, dem nach Art. 18 ZGB die Urteilsfähigkeit mangelt, unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen, also auch nicht diejenige des Rechtsvorschlages.

Wie verhält es sich beim Rechtsvorschlag in der Betreibung für eine Solidarschuld? Hierüber hat sich das Bundesgericht widersprechend geäußert.[5] In Hervorhebung des mehr formellen Standpunktes hat das Bundesgericht entschieden, daß ein von einem Solidarschuldner in einer gleichzeitigen Betreibung gegen sämtliche Schuldner eingegebener Rechtsvorschlag nur zu seinen Gunsten Wirkung habe. Dieser Schuldner sei nicht legitimiert, in seinem Namen auch für die andern ohne weiteres Rechtsvorschlag zu erheben. Im SchKG ist das Institut der Streitgenossenschaft unbekannt und jeder Mitschuld-

[4] Jaeger, Art. 74 N 3.

[5] A VII 55; II 144; BG 26 I 354; Weisung an das Betreibungsamt Oberhasle vom 25. III. 1899.

ner muß in einem eigenen Verfahren belangt werden. Das ergibt sich schon aus Art. 70 Al. 2. Eine kollektive Betreibung mehrerer Schuldner würde auch praktisch zu unlösbaren Schwierigkeiten führen, namentlich wenn man sich Fälle denkt, wo die Schuldner einer verschiedenen Betreibungsart oder einem verschiedenen Betreibungsforum (wenn ein gemeinsamer Vertreter nach Art. 70 Al. 2 fehlt) unterstehen. Hierfür ist im SchKG keine Lösung zu finden. Es ist deshalb bei der gleichzeitigen Betreibung mehrerer Schuldner das gegen jeden durchzuführende Verfahren als ein gesondertes und selbständiges, vom Verlaufe der Nebenbetreibung unabhängiges zu betrachten.[6] Deshalb hat ein von einem Solidarschuldner erhobener Rechtsvorschlag nur auf das gegen ihn selbst eingeleitete Betreibungsverfahren Wirkung, nicht aber auf alle übrigen. Eine Möglichkeit, die gewünschte Wirkung gleichwohl herbeizuführen, besteht immerhin darin, daß ein betriebener Solidarschuldner als Vertreter der übrigen, sei es mit oder ohne Auftrag, Rechtsvorschlag erhebt.[7] Es müßten diese Rechtsvorschläge jedoch dem Betreibungsamt entweder auf den betr. Zahlungsbefehlen oder doch mündlich mitgeteilt werden.

Im Falle des Miteigentums und der Solidarhaftung der Miteigentümer hat das Bundesgericht[8] ausschließlich auf das materielle Recht abgestellt. Die einzelnen Anteile der Miteigentümer können nicht selbständig verwertet werden.[8] Eine solche Verwertung sei nur zulässig, wenn rechtskräftige Zahlungsbefehle gegen alle Miteigentümer vorliegen. Eine Vertretung der Sache gegenüber Dritten steht dem einzelnen Nichteigentümer jedoch nur insoweit zu, als es mit dem Recht der andern verträglich ist (Art. 648 ZGB). Zur Veräußerung und Belastung derselben bedarf es der Zustimmung aller Miteigentümer. Anderseits bestimmt Art. 146 OR ausdrücklich, daß ein Solidarschuldner durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren kann. Danach erscheint es als ausgeschlossen — so argumentiert das Bundesgericht — daß auf Grund der Anerkennung des Zahlungsbefehls durch einen der Miteigentümer und Solidarschuldner zur Verwertung der verpfändeten Sache geschritten werden darf. Wird kein Rechtsvorschlag erhoben, so ist dies vorläufig einer Anerkennung der Forderung gleichzustellen. Damit erklärt sich der betreffende Schuldner zur Aufhebung des Miteigentums, d. h. zur Veräußerung der Sache bereit. Diese Aufhebung kann jedoch nur mit Zustimmung aller Miteigentümer erfolgen. Das Bundesgericht[9] folgert daraus, daß ein Rechtsvorschlag, der von einem

[6] A VII 55; II 144; BG 26 I 354; Weisung an das Betreibungsamt Oberhasle vom 25. III. 1899.

[7] Vgl. § 6 Z. I B.

[8] BG 42 III 2.

[9] BG 42 III 2; Kreisschreiben Nr. 15 der SchK'Kammer v. 16. II. 1906.

Miteigentümer eingegeben wird, auch auf die andern Betreibungsverfahren hemmende Wirkung ausübt. Die Verwertung ist allen Miteigentümern gegenüber einzustellen bis zur Beseitigung des eingegebenen Rechtsvorschlages.

Auch bei einer Verbindung von Solidarschuldnerschaft und Miteigentum kann, entgegen der dargelegten Ansicht des Bundesgerichts, eher die Lösung befriedigen, wonach der einzelne Betriebene, ordentlicherweise, d. h. abgesehen von Vertretung, nur für sich allein befugt ist, Rechtsvorschlag zu erheben. Für diese Auffassung lassen sich materiellrechtliche und betreibungsrechtliche Gründe anführen. Mit Recht wurde vom Bundesgericht [10] hervorgehoben, daß im SchKG eine Kollektivbetreibung nicht vorgesehen sei. Gegen jeden Mitschuldner ist ein gesondertes Verfahren mit speziellem Zahlungsbefehl durchzuführen (Art. 70 Al. 2). Materiellrechtliche Erwägungen dürfen nun nicht dazu führen, das Vollstreckungsgesetz in irgend einer Weise ergänzen oder sogar abändern zu wollen, solange eine solche Notwendigkeit nicht besteht, d. h. solange das betr. Gesetz selbst die Handhabe zur Lösung des speziellen Falles bietet. Ist es nicht genügend, wenn dem Drittansprecher ein Verfahren zugewiesen wird, in dem er seine Rechtsansprüche geltend machen kann (Widerspruchsverfahren Art. 106—10), ja sogar selbst Betriebener ist und zum Rechtsvorschlag zugelassen wird? [11] Zudem steht dem Miteigentümer nach ZGB Art. 646 das Recht zu, seinen Anteil an der im Miteigentum stehenden Sache zu veräußern und zu verpfänden, ohne an die Zustimmung der andern Miteigentümer gebunden zu sein. Wird nun unter Zustimmung aller eine solche Sache für die Schuld eines einzelnen verpfändet, so nehmen die andern für ihre Anteile die Stellung von Dritteigentümern ein. Wird dieselbe für eine Solidarschuld aller Miteigentümer zum Pfand gesetzt, so ist jeder für seinen Eigentumsanteil selbständig Betriebener und verpflichtet, seine Rechte selbst geltend zu machen. Wenn deshalb der eine sich der gegen ihn eingeleiteten Betreibung nicht widersetzt, so dokumentiert er damit den Verzicht auf seinen Miteigentumsanteil. Er benachteiligt die andern keineswegs, indem er nicht über etwas verfügen kann, das ihm nicht gehört. Ohne Zweifel ist das Betreibungsamt in der Lage, ohne Verkauf der ganzen Sache die Verwertung der einzelnen Anteile durchzuführen, so daß im übrigen das Recht der Miteigentümer nicht beeinträchtigt wird.

Aus diesen Gründen ist die Legitimation des Solidarschuldners zur Erhebung des Rechtsvorschlages für alle übrigen zu verneinen [12] (mit Ausnahme der Stellvertretung).

[10] BG 26 I s. 354; 28 I 22;A II 144; VII 55; ZBJ 39, 779.
[11] Vgl. § 14 II.
[12] Vgl. Vo. des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. I. 1923.

B. Die Stellvertretung

Wie aus dem SchKG klar hervorgeht, soll dem betriebenen Schuldner das Recht zum Rechtsvorschlag so viel als möglich erleichtert werden. Das Gesetz will damit die mit der unbeschränkten Betreibungsmöglichkeit für den Betriebenen verbundene Gefahr auf ein erträgliches Maß zurückführen. Art. 69 Z. 3 und Art. 74 knüpfen an die Erklärung eines Rechtsvorschlages so wenige Erfordernisse in Bezug auf Form, Inhalt und Begründung, daß beinahe von einem unbeschränkten Recht gesprochen werden kann. Deshalb lassen Doktrin und Praxis bei der Erhebung des Rechtsvorschlages die Stellvertretung zu. [13]

Keinerlei Zweifel unterliegt die Zulässigkeit des Rechtsvorschlags durch den gesetzlichen Vertreter für den Vertretenen, sei es in Angelegenheiten, die nur der Vertreter persönlich, oder solchen, die auch der Betriebene mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde selbständig abwickeln darf. [14]

Auch die vertragliche Stellvertretung wird zweifellos zugelassen, ohne daß im Momente der Erklärung irgend eine die Vollmacht beweisende Urkunde vorgelegt werden müßte. Die Vollstreckungsbehörden haben dabei nicht zu untersuchen, wie weit sich die Vollmacht erstreckt, ob diese wirklich auf Bestreitung des ganzen oder nur eines Teiles der Forderung geht. Das Amt hat sich überhaupt nicht mit den nähern Umständen zu befassen, unter denen die Erklärung des Rechtsvorschlages zustande gekommen ist. [15] Der Mandatar darf den schriftlich erhobenen Rechtsvorschlag sogar mit dem Namen des Schuldners unterzeichnen. [16] Auf eine Beschwerde des Gläubigers hat der Schuldner lediglich zu beweisen, daß der Stellvertreter in seinem Einverständnis gehandelt hat.

Einer Anregung von Prof. von Salis folgend, [17] hat die Praxis [18] sogar die Geschäftsführung ohne Auftrag als genügend erachtet, von der Ueberlegung ausgehend, daß zu der Leichtigkeit, mit der durch den Gläubiger eine Betreibung angehoben werden kann, ein Gegengewicht geschaffen werden muß. Ein ohne Vollmacht des betriebenen Schuldners handelnder Dritter ist in der Regel in der Praxis ohne weiteres befugt für den Schuldner Rechtsvorschlag zu erheben. [19]

---

[13] BG 24 I 143; Martin, a. a. O. S. 56; Blumenstein, a. a. O. S. 250; Jaeger, Art. 74 N 3; Heuberger, Art. 74 N 4; Deshayes, a. a. O. S. 162

[14] Jaeger, Art. 74 N 3; BG 50 III 30.

[15] BG 52 III 4; SJZ V 10; anders ZSR 12. 581.

[16] BG 54 III 65.

[17] ZSR N. F. 12. 581.

[18] BG 29 I 132.

[19] A III 90; VIII 60; SJZ V 215; XII 73; anders SJZ I 288.

An dieser Auffassung hat die Praxis grundsätzlich [20] festgehalten. Jedoch gerade im Hinblick auf das Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag kann diese Auffassung in ihrer Allgemeinheit nicht als vollständig richtig und unbeschränkt durchführbar anerkannt werden. [21] Die vom negotiorum gestor abgegebene Rechtsvorschlagserklärung ist freilich nicht etwa schlechthin ungültig, d. h. betreibungsrechtlich unwirksam, sondern sie wird durch nachträgliche Genehmigung des Schuldners rechtsgültig. Solange aber diese Genehmigung fehlt, kann der betreibende Gläubiger auf dem Beschwerdewege bestreiten, daß der Rchtsvorschlagserklärung des Geschäftsführers die rechtliche Bedeutung einer von einem Bevollmächtigten Vertreter des Schuldners ausgehenden Handlung beigelegt werde. [22] Der Gläubiger kann deshalb durch Beschwerde die Zurückweisung des Rechtsvorschlages verlangen. Durch unbeschränkte Zulassung der negotiorum gestio befürchtet speziell Jaeger, [23] mißbräuchlichen Machenschaften Tür und Tor zu öffnen (z. B. ein betreibender Gläubiger könnte andere betreibende Gläubiger von der Teilnahme an seiner Pfändung und dadurch unter Umständen an der Befriedigung für ihre Forderung ganz ausschließen, trotzdem der Schuldner selbst an einen Rechtsvorschlag gar nicht gedacht hat). Die Aufsichtsbehörden sollen deshalb berechtigt sein, den zugelassenen Rechtsvorschlag aufzuheben, wenn ihre Untersuchung ergibt, daß ein Stellvertretungsverhältnis nicht vorliegt und der Schuldner den vom negotiorum gestor erhobenen Rechtsvorschlag nicht billigt.

Da ein Rechtsvorschlag je nach Formulierung für den Schuldner schwerwiegende Rechtsfolgen haben kann, scheint ein solches Verfahren auch zur Wahrung der Interessen des Schuldners am Platz. [24] Doch ist es nicht zulässig, daß das Betreibungsamt bei Anlaß der Rechtsvorschlagserklärung vom Vertreter irgendwelchen Beweis der Bevollmächtigung verlangt. [25]

Die der Auffassung der Praxis zu Grunde liegende Argumentation scheint etwas einseitig und dadurch in ihren Auswirkungen unbillig zu sein. Geht man davon aus, daß das OR bei der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Zweiteilung vorsieht, so wird sich diese auch im Schuldbetreibungsrecht auswirken. Die Einteilung in Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des Geschäftsherren und ohne dessen Interesse (OR Art. 419 ff.) wird gerade hier bei der Rechtsvorschlagserklä-

[20] BG 29 I 132; Deshayes, a. a. O. S. 162.
[21] Jaeger, a. a. O. Art. 74 N 3.
[22] ZSR 12. 581; SJZ XII 73; V 215; A XII 10.
[23] Jaeger, Art. 74 N 3; Martin, a. a. O. S. 57.
[24] BG 24 II 43; 29 I 132.
[25] BG 38 I 116; anders die Aufsichsbehörde v. St. Gallen in SJZ I 288.

rung meist nur in der Form der negotiorum gestio im Interesse des Geschäftsherrn, d. h. des betriebenen Schuldners auftreten. Das vom Bundesgericht geäußerte Bedenken, daß bei der Geschäftsführung ohne Auftrag meist der Dritte das Risiko trage, trifft hier nicht zu, da der Geschäftsherr in diesem Falle verpflichtet ist, die vom Geschäftsführer vorgenommenen Handlungen zu genehmigen, bezw. diesen von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien.

In der Regel wird ein Rechtsvorschlag durch einen negotiorum gestor nur erhoben, wenn der Betriebene aus irgend einem Grunde verhindert ist, innerhalb der Frist von 10 Tagen sich selbst dieses Rechtsmittels zu bedienen. Diese Handlung des negotiorum gestor kann nach Ansicht des Bundesgerichts [26] der betreibende Gläubiger innert der wiederum kurzen Frist von 10 Tagen durch Anhebung einer Beschwerde aufzuheben versuchen. Dem Geschäftsführer ohne Auftrag wird es oft unmöglich sein, innert dieser kurzen Spanne Zeit die nachträgliche Genehmigung für sein Handeln einzuholen. Damit verliert jedoch das Institut seine Hauptwirkung aus Gründen, die dies nicht unbedingt rechtfertigen. Dagegen steht es dem Schuldner, für den Rechtsvorschlag erhoben wurde, jederzeit frei, den Rechtsvorschlag zurückzuziehen und damit die Fortsetzung der Betreibung zu ermöglichen. Dies wird er wohl jedesmal da tun, wo die Rechtsvorschlagserklärung nicht in seinem Interesse erfolgt ist. Ist der Rechtsvorschlag in seinem Interesse erhoben worden, so wird er sich gerne den Handlungen seines Vertreters anschließen. Der Gläubiger wird schwerlich zu Schaden kommen, indem er im Falle des Obsiegens im Rechtsöffnungs- oder im ordentlichen Verfahren stets die gehabten Kosten auf den Unterliegenden abwälzen kann.

Aus diesen Gründen dürfte ein auch ohne Auftrag von einem Stellvertreter abgegebener Rechtsvorschlag so lange als gültig erachtet werden, als er nicht vom Schuldner zurückgezogen wird. Auf jeden Fall sollte im Beschwerdeverfahren der Nachweis der Genehmigung des Rechtsvorschlages durch den Geschäftsherrn auch durch den Nachweis der Geschäftsführung in dessen Interesse ersetzt werden können.

Ist für die Erhebung des Rechtsvorschlages die gesetzliche und die vertragliche Stellvertretung, ja sogar die Geschäftsführung ohne Auftrag zugelassen, so kann dies nicht unbedingt auch für dessen Rückzug angenommen werden. Das Bundesgericht [27] verlangt hier wohl mit Recht ausdrücklich Ermächtigung des betriebenen Schuldners. So kann z. B. ein vom Betriebenen, der einen gesetzlichen Vertreter hat, persönlich erhobener Rechtsvorschlag von diesem allein nur mit

[26] BG 24 II 43; 29 I 132.
[27] BG 36 I 123.

Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zurückgezogen werden, soweit es sich nicht um Fälle handelt, bei denen er der Zustimmung seines Vertreters nicht bedarf. Ueber das Vorhandensein dieser Ermächtigung haben die Betreibungsämter und Aufsichtsbehörden zu erkennen.[28] Die negotiorum gestio ist hier nur mit Vorsicht und besser überhaupt nicht anzuwenden.[29] Der Rückzug des Rechtsvorschlages gereicht dem Schuldner selten zum Vorteil, sondern bedroht ihn meist mit Nachteilen. Um den Aufsichtsbehörden unnötige Beschwerdeverfahren zu ersparen, sollte in einem solchen Falle vom Betreibungsamt dem negotiorum gestor eine Frist angesetzt werden, innert deren er die Genehmigung des vertretenen Schuldners beizubringen hat. So lange müßte die Betreibung eingestellt bleiben. Da der Rückzug des Rechtsvorschlages selten im Interesse des Schuldners liegt, im Gegensatz zur Erhebung des Rechtsvorschlages, darf hier an die negotiorum gestio strengere Erfordernisse gestellt werden. Sie ist nur in beschränktem Maße zulässig.

§ 7. Die Funktionen des Betreibungsamtes[1]

Da die Rechtsvorschlagserklärung die Hemmung (Art. 74 Al. 1) der Wirkungen des Zahlungsbefehls herbeiführen will, muß sie innert der gesetzlichen Frist dem Betreibungsamt, welches die Betreibung führt, eingereicht werden.[2] Die Ungültigkeit einer am falschen Ort eingereichten Rechtsvorschlagserklärung konvalesziert jedoch, wenn die von der zuständigen Betreibungsbehörde als in jeder Beziehung gültig behandelte Erklärung von der Gegenpartei nicht durch Beschwerde angefochten wird, trotzdem ihr ein solches Recht zusteht (Art. 17).[3] Das zuständige Betreibungsamt muß aber überhaupt von der Rechtsvorschlagserklärung Kenntnis erhalten.

Der zustellende Beamte vertritt bei der Zustellung das requirierende Amt und zwar auch dann, wenn die Zustellung durch das requirierte Amt oder durch die Post erfolgt.[4] Mit dem Gläubigerdoppel wird dem requirierenden Amt zugleich die Rechtsvorschlagserklärung zugehen, sodaß dieses über den Zustand der Betreibung sogleich im Klaren ist.

Die Praxis[5] hat sogar erklärt, daß ein dem Betriebenen Schuldner auf dem Requisitionswege zugestellter Zahlungs-

---

[28] BG 29 I 108; 36 I 123.

[29] ZBJ 61. 41.

[1] Für den nachträglichen Rechtsvorschlag und denjenigen in der Wechselbetreibung vgl. §§ 10 und 12.

[2] Jaeger, Art. 74 N 7; Deshayes, a. a. O. S. 161; Weber und Brüstlein, Art. 74 N 2; BG 24 I 135, 143; 29 I 117; 32 I 110; SJZ XIII 129.

[3] A VIII 17; BG 29 I 117.

[4] BG 32 I 110.

[5] BG 32 I 110; SJZ III 260; SchK'Kammer 8 X. 1907.

befehl nur dann als durch Rechtsvorschlag bestritten gilt, wenn die entsprechende Erklärung innert der Frist beim requirierenden Amt und nicht beim requirierten eingetroffen oder innert dieser Frist an seine Adresse der schweizerischen Post übergeben worden ist. Dabei soll es gleichgültig sein, ob vom requirierten Amte ein bei ihm eingegebener Rechtsvorschlag überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig weitergeleitet worden ist, sodaß der Akt gar nicht oder erst nach Ablauf der Frist beim requirierenden Amte eintrifft. Auch ein solches Verschulden sei vom Betriebenen zu tragen, da ihn der Fehler der falschen Adressierung treffe. Diese Stellungnahme wird damit motiviert, daß das Betreibungsamt, bei welchem das Verfahren hängig ist, nach Ablauf der 10 tägigen Frist im Klaren sein muß, ob die Betreibung ihren Fortgang nehmen darf oder nicht.

Mit Recht betont Brand,[6] daß diese Lösung formell vielleicht richtig, nichtsdestoweniger aber unbefriedigend sei. Art. 74 in diesem Sinne auszulegen, ist zu formalistisch. Diese Interpretation enthält für den betriebenen Schuldner eine ganz ungebührliche Härte und ist zudem im Interesse des Gläubigers gar nicht erforderlich. Der Gläubiger ist trotz beendigter Rechtsvorschlagsfrist nicht in der Lage, vor Ablauf von 20 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren zu stellen. So kann es ihm gleichgültig sein, ob er am 10., 11. oder 18. Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls darüber orientiert ist, ob er sogleich in der Betreibung fortfahren kann oder nicht. Zudem sind sämtliche Betreibungsämter eine Institution mit gleichem Zweck; ein solches Organ sollte ohne weiteres auch zur Weiterleitung des Rechtsvorschlages verpflichtet sein. Wenn vom Einlaufen des Gesuches des requirierenden Amtes Notiz genommen wurde, wozu das requirierte Amt nach der Buchführungspflicht wohl verpflichtet ist,[7] so kann das zuständige Betreibungsamt festgestellt und diesem der Akt zugestellt werden.

Nicht zuständig zur Entgegennahme der Rechtsvorschlagserklärung ist das Gericht, der Gläubiger oder irgend ein beliebiger Dritter.[8] Denn das Gesetz verlangt ausdrücklich mündliche oder schriftliche Erklärung beim Betreibungsamt (Art. 74 Al. 1). Auch eine der Ehefrau des Betreibungsbeamten, die nicht Angestellte des Betreibungsamtes ist, gegenüber abgegebene Rechtsvorschlagserklärung geschieht auf das Risiko des Erklärenden.[9] Der Rechtsvorschlag ist dagegen gültig,

[6] A XI 17.

[7] Art. 28 ff. der Vo. Nr. 1 des Bundesrates, Reglement über die im Betreibungs- und Konkursverfahren zu verwendenden Formulare und Register und die Rechnungsführung vom 18. XII. 1891.

[8] SJZ IX 160; BG 29 I 117.

[9] ZBZ I 169.

wenn die Erklärung einem Angestellten des Betreibungsamtes abgegeben wird; dieser repräsentiert das in Art. 74 Al. 1 bezeichnete «Betreibungsamt».

Das zuständige Betreibungsamt — wozu eben auch das requirierte gehört — ist verpflichtet, den Rechtsvorschlag entgegenzunehmen und dem Gläubiger auf der für ihn bestimmten Ausfertigung des Zahlungsbefehls mitzuteilen.[10] Darüber zu entscheiden, ob der Rechtsvorschlag als gültig zu betrachten sei, liegt für das Betreibungsamt dagegen in der Regel erst dann ein Anlaß vor, wenn das Zahlungsbefehlsdoppel dem Gläubiger zugestellt werden muß. Der Entscheid über die Gültigkeit eines Rechtsvorschlages im Gegensatz zu dessen materieller Begründetheit (Rechtsöffnungs-, ordentliches Verfahren), liegt konstanter Praxis[11] gemäß beim Betreibungsamt und nicht beim Richter. Desgleichen steht dem Betreibungsamt die Kompetenz zu, darüber zu entscheiden, ob ein Rechtsvorschlag zurückgezogen sei oder nicht. Anhaltspunkte für eine andere Lösung sind im SchKG nicht zu finden.

Die Betreibungsämter sind nicht verpflichtet, im Falle einer stellvertretungsweisen Geltendmachung des Rechtsvorschlages vom Vertreter einer Partei eine ausdrückliche Vollmacht des Vertretenen zu verlangen.[12] Jede Handlung eines Vertreters kann vom Amte als gültig angesehen werden, solange sie nicht von der Gegenpartei angefochten wird.[13] Damit ist dem Betreibungsbeamten die Kompetenz nicht genommen, eine Erklärung, die wissentlich gegen den Willen des betriebenen Schuldners abgegeben wird, als rechtsunwirksam zurückzuweisen.[12]

Die Vollstreckungsbehörde, d. h. hier das Betreibungsamt, hat kein Recht, zu untersuchen, wie weit der erteilte Auftrag bei der Rechtsvorschlagserklärung eines Vertreters geht.[14] Bei der Beurteilung dieser Fragen handelt es sich um die Auslegung eines Rechtsgeschäftes, des Auftrages, und damit hat sich das Betreibungsamt in der Regel nicht zu befassen. Wenn die vom Vertreter des Schuldners auf dem Wege des Rechtsvorschlages erfolgte Bestreitung der Forderung von der Gegenpartei nicht anerkannt werden will, weil der Vertreter nicht auftragsgemäß oder überhaupt ohne Auftrag des Schuldners gehandelt hat, so ist Beschwerde zu erheben; die Aufsichtsbehörde entscheidet über die Zulässigkeit eines solchen Rechtsvorschlages.[15]

---

[10] SJZ VII 365.
[11] BG 36 I 319.
[12] BG 38 I 721.
[13] Jaeger, a. a. O. Art. 67 N 5, wo dies für die Anhebung der Betreibung festgestellt wird.
[14] BG 52 III 13.
[15] Anders BG 52 III 4.

§ 8. Wirkungen [1]

Die Erhebung des Rechtsvorschlages äußert ihre Wirkungen einerseits in formell betreibungsrechtlicher, anderseits in materiellrechtlicher Beziehung. [2]

I. Betreibungsrechtliche Wirkung

Betreibungsrechtlich bewirkt der Rechtsvorschlag die Einstellung der Betreibung (Art. 78 Al. 1). Sie kann nicht weitergeführt werden, d. h. keine Betreibungshandlung kann vorgenommen werden,bis der Rechtsvorschlag in gesetzlicher Weise beseitigt ist. [3] Das kantonale Recht kann auch für die Vollstreckung staatlicher Abgabeforderungen keine Ausnahme statuieren. [4] Dagegen wird die Betreibung nicht aufgehoben, d. h. es bleibt trotzdem der erlassene Zahlungsbefehl solange zu Recht bestehen, bis die Zeitdauer seiner Wirksamkeit (Art. 88 Al. 2) abgelaufen ist. Die gleiche Wirkung kommt dem Rechtsvorschlag auch dann zu, wenn der Gläubiger die Gültigkeit des Rechtsvorschlages auf dem Beschwerdewege bei der Aufsichtsbehörde anficht; die Betreibung bleibt bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Beschwerde eingestellt, ohne daß es einer besonderen Anordnung der betr. Beschwerdeinstanz bedarf (Art. 36). [5] Eine Einstellung der Betreibung findet nicht statt, wenn der Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt nicht anerkannt wird und der Schuldner sich hiegegen bei der Aufsichtsbehörde beschwert. Es besteht gar kein gültiger Rechtsvorschlag. Wenn die Beschwerde aufschiebende Wirkung haben soll, so hat der Beschwerdeführer dies von der Aufsichtsbehörde als vorsorgliche Verfügung zu verlangen. Die Einstellung der Betreibung hemmt auch die Einforderung der Kosten des Zahlungsbefehls beim Schuldner, dagegen ist sie ohne Einfluß auf die vom Gläubiger gewählte Betreibungsart, den Ort der Betreibung und unterbricht auch nicht die Beschwerdefrist. [6]

Es ist nicht zulässig, daß eine kantonale Prozeßordnung (wie dies in Appenzell I.-Rh. geschehen ist) eine bestimmte Frist festsetzt, von der Mitteilung des Rechtsvorschlages an gerechnet, innert welcher der Gläubiger, unter der Rechts-

[1] Für den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung vgl. § 11, für denjenigen in der Betreibung für Miete und Pachtzins §13, für den teilweisen Rechtsvorschlag § 9, für denjenigen in der Betreibung auf Pfandverwertung § 14.

[2] Blumenstein, a. a. O. S. 256.

[3] Blumenstein, a. a. O. S. 257; Overbeck, a. a. O. S. 44; Martin, a. a. O. S. 60.

[4] BG 22. 105.

[5] Jaeger, Art. 78 N 2 und 3.

[6] Vgl. hiefür auch den nachträglichen Rechtsvorschlag § 10.

folge des Klageverlustes, den Prozeß anheben muß; das SchKG kann nicht durch eine Bestimmung des ordentlichen Prozeßverfahrens abgeändert werden.[7] Wenn der Prozeß nicht innert Jahresfrist nach Zustellung des Zahlungsbefehls angehoben wird, so hat die betreffende Betreibung ihre Wirkungen verloren und es muß alsdann der Gläubiger, auch wenn er ein ihm günstiges Urteil erlangt hat, eine neue Betreibung anheben. Er kann nicht mehr auf Grund des alten Zahlungsbefehls Fortsetzung der Betreibung verlangen. Ist aber innerhalb Jahresfrist die gerichtliche Erledigung durch eine Klage eingeleitet worden, so fällt die Zeit zwischen der Anhebung und der gerichtlichen Erledigung der Klage nicht in Berechnung (Art. 88 Al. 2).

Die Einstellungswirkung erstreckt sich aber nur soweit, als der Rechtsvorschlag selbst reicht.[8] Bestreitet der Schuldner nur einen Teil der Forderung, so kann die Betreibung für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden (Art. 78 Al. 2). Aendert der Betriebene seinen Rechtsvorschlag innert der Rechtsvorschlagsfrist ab, so ist diese Erklärung, d. h. die während der 10tägigen Frist abgegebene letzte Aeußerung, für die Wirkung des Rechtsvorschlages ausschlaggebend; d. h. die Einstellung der Betreibung bezieht sich nur auf den zuletzt noch bestrittenen Betrag. Wenn der Schuldner nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist beim Betreibungsamt ausdrücklich erklärt oder wenn der Gläubiger durch eine vom Schuldner unterschriebene Erklärung nachweisen kann, daß der Rechtsvorschlag zurückgezogen werden soll, so ist das Betreibungsamt, wenn es nicht formelle Requisite der Erklärung bemängelt, verpflichtet, die Einstellung der Betreibung wieder aufzuheben. Die Anhebung eines Prozesses ist nicht notwendig.[9] Das Amt kann eine unterschriftliche Erklärung des Betriebenen, worin er den Rechtsvorschlag zurückzieht, nur dann unberücksichtigt lassen, wenn es die Echtheit der Unterschrift des Schuldners bezweifelt. Ist diese jedoch nicht bestritten oder gebührend bewiesen, so liegt kein Grund vor, nicht auch eine vom Gläubiger dem Betreibungsamt zugestellte Rückzugserklärung des Schuldners für genügend zu erachten. Die Erklärung ist offenbar zu dem Zwecke ausgestellt worden, um dem Amte vorgelegt zu werden. Der Rückzug des Rechtsvorschlages bedeutet eine dem Gläubiger gegenüber ausgesprochene Anerkennung seines in Betreibung gesetzten Guthabens, die ihm eine bestimmte Stellung in der Betreibung einräumt. Diese Anerkennung kann vom Schuldner durch einfache Erklärung nicht mehr widerrufen werden, sondern sie ist nur noch unter den

[7] BG 25 I 31.

[8] Martin, a. a. O. S. 61.

[9] BG 51 III 10.

vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen der Willensmängel anfechtbar. Zur Beurteilung einer solchen Einrede sind jedoch die Betreibungsbehörden nicht zuständig.[10]

Der Lauf der Frist eines Jahres wird gehemmt, wenn die Betreibung durch amtliche Verfügung eingestellt worden ist; nach Beendigung der Einstellung läuft die Frist weiter. Innert dieser Frist eines Jahres müssen auch Begehren um Nach- und Ergänzungspfändungen gestellt werden.[11] Nach Ablauf eines Jahres ist der Zahlungsbefehl wirkungslos, wenn der Gläubiger zur Aufhebung des gültigen Rechtsvorschlages nichts vorgekehrt hat. Pfändungen, die auf ein nach Ablauf der Frist gestelltes Begehren hin vorgenommen werden, sind nichtig, weil die betreffende Betreibung ihre Wirkung verloren hat.[11] Wurde der Rechtsvorschlag jedoch nur gegen einen Teil der Forderung erhoben, so kann die Pfändungsfrist für den nicht bestrittenen Teil nicht um die Dauer des Prozesses über den bestrittenen Teil verlängert werden.

Ein Rechtsvorschlag kann nur für e i n Betreibungsverfahren Wirkung haben.[12] Da es sich bei der gleichzeitigen Betreibung von Solidarschuldnern um mehrere Betreibungen handelt und eine Kollektivbetreibung dem SchKG unbekannt ist,[13] erstreckt sich die Wirkung eines von einem Solidarschuldner eingegebenen Rechtsvorschlages nur auf die gegen ihn gerichtete Betreibung.

II. Materiellrechtliche Wirkung

Die materiellrechtliche Wirkung des Rechtsvorschlages beruht darin, daß die Forderung während einer bestimmten Frist nicht mehr auf dem Betreibungswege geltend gemacht werden kann.[14] Die materiellrechtliche Seite der Forderung wird durch den Rechtsvorschlag nur in der Weise berührt, daß die neue betreibungsrechtliche Geltendmachung der Forderung innerhalb der Frist eines Jahres nur beschränkt möglich ist.[15] Für die gleiche Forderung kann trotzdem eine neue Betreibung angehoben werden. Dazu ist der Gläubiger jederzeit in der Lage, da eine Anhebung einer Betreibung keinerlei Beweisangaben bedarf. Der Schuldner kann jedoch in jeder folgenden, auf die gleiche Forderung lautenden Betreibung Rechtsvorschlag erheben, den er im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren lediglich damit zu begründen braucht, daß diese Forderung solange nicht mehr auf dem Betreibungswege vollstreckt

[10] BG 51 III 35.
[11] BG 25 I 26.
[12] Vgl. § 6 I A i. f.
[13] BG 26 I 354; A VII 55.
[14] Blumenstein, a. a. O. S. 259; BG 22. 111.
[15] BG 22. 111.

werden könne, als nicht der daselbst erhobene Rechtsvorschlag beseitigt oder das dort angehobene Betreibungsbegehren vom Gläubiger zurückgezogen worden sei. Einer andern Begründung bedarf dieser Rechtsvorschlag nicht.

Der Rechtsvorschlag hebt nicht etwa die verjährungsunterbrechende Wirkung der Schuldbetreibung auf (Art. 135 OR). Auch die Fälligkeit wird durch die Erklärung des Betriebenen, sich der Betreibung widersetzen zu wollen, in keiner Weise berührt. Dasselbe gilt für die Zinspflicht des Schuldners.

Durch den Rechtsvorschlag wird materiellrechtlich eine bestimmte Art der Vollstreckung der Forderung, das Betreibungsverfahren, unmöglich gemacht. Nichts steht jedoch dem Gläubiger im Wege, seine Forderung zu kommerzialisieren und auf anderem Wege zu verwerten. Der Verkauf, die Zession oder eine Schenkung ist auch in diesem Stadium des Verfahrens ohne weiteres zulässig, mit der alleinigen Wirkung, daß sich die Legitimation zur Sache und zum Verfahren dahin ändert, daß der neue Forderungsberechtigte an die Stelle desjenigen tritt, der die Betreibung angehoben hat.

Ueber die Frage der Wirkung des Rechtsvorschlages als Schuldanerkennung sind Doktrin [16] und Praxis [17] nicht einig. Eine Zahlung, welche auf Grund einer dem materiellen Recht entsprechenden Schuldanerkennung geleistet worden ist, kann nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 63 OR angefochten werden. Der Irrtum in der Schuldpflicht ist zu beweisen. Dem gegenüber gibt Art. 86 dem Betriebenen, der den Rechtsvorschlag unterlassen oder dessen Rechtsvorschlag durch Rechtsöffnung beseitigt worden ist, die Rückforderungsklage. Der Betriebene kann das Geleistete innert Jahresfrist zurückfordern, indem er lediglich darzutun hat, daß eine Nichtschuld bezahlt wurde. Den Nachweis eines Irrtums über die Schuldpflicht braucht er nicht zu erbringen. Solange eine solche Möglichkeit besteht, kann hier von einer Schuldanerkennung nicht die Rede sein. [18]

Die Unterlassung des Rechtsvorschlages ist materiellrechtlich für die Forderung ohne Wirkung. Es liegt darin allein noch keine Anerkennung der Schuld, die einem verurteilenden Erkenntnis des ordentlichen Richters als alleinige Basis dienen kann. [18] Sie übt lediglich eine betreibungsrechtliche Wirkung aus; nach Ablauf von 20 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls kann der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen. Die Unterlassung des Rechtsvorschlages berechtigt den Schuldner trotzdem, sein Recht nach Art. 86 (Rückforderungsklage) geltend zu machen. [19]

[16] Jaeger, Art. 78 N 3 i. f.
[17] BG 25 I 32; anders A VI 21.
[18] Jaeger, Art. 78 N 3 i. f.; BG 25 I 32; ZR 3 N 3. 200.
[19] BG 25 I 32.

II. Abschnitt: Verschiedene Arten des Rechtsvorschlages[1]

§ 9. Teilweiser Rechtsvorschlag[2]

I. Inhalt[3]

Im allgemeinen ist die Rechtsvorschlagserklärung an keine Begründung gebunden (Art. 75 und seine Auslegung durch die Praxis).[4] Bei der teilweisen Bestreitung überbindet das SchKG dem betriebenen Schuldner die Pflicht, den bestrittenen Betrag genau anzugeben.

Lange Zeit pflegte die Praxis[5] die Rechtsvorschlagserklärung in zwei voneinander mehr oder weniger unabhängigen Teilen zu betrachten.[4] Dabei wurde an Hand des Art. 75 dem zweiten Teil, der Begründung, jegliche Wirkung abgesprochen. Davon ist die Praxis glücklicherweise in neuerer Zeit abgekommen.[6] Früher ist eine als teilweiser Rechtsvorschlag abgegebene Erklärung vom Bundesgericht[7] trotz der Bestimmung des Art. 74 Al. 2 als gegen die ganze Forderung gerichtet betrachtet worden, wenn sie sonst mangels genauer Angabe des

[1] Im I. Abschnitt sind die einzelnen Bestandteile des Rechtsvorschlages behandelt worden; im II. Abschnitt soll das Wesentliche und das einzelnen Arten des Rechtsvorschlages Eigentümliche zum Ausdruck gebracht werden. Es betrifft dies vor allem den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, der im System des Instituts eine ganz besondere Stellung einnimmt. Aber auch der Rechtsvorschlag in der Pfandverwertungsbetreibung, d. h. speziell die Stellung des Dritteigentümers, und derjenige in der Betreibung auf Grund eines Verlustscheines wegen mangelnden neuen Vermögens, verdienen es ihrer eigenartigen Entwicklung in der Praxis wegen näher beleuchtet zu werden.

[2] Während der teilweise Rechtsvorschlag in den meisten Bestandteilen, wie Form, Frist und Legitimation den allgemeinen Bestimmungen (vgl. §§ 3, 4 und 6) entspricht, weicht er von diesen, was Inhalt und Wirkung anbetrifft, wesentlich ab. Im Folgenden werden deshalb diese beiden Eigenarten des teilweisen Rechtsvorschlages näher erörtert.

[3] Art. 74 Al. 2: «Bestreitet der Betriebene die Forderung nur teilweise, so hat er den bestrittenen Betrag genau anzugeben, widrigenfalls der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt behandelt wird.»

[4] Vgl. § 5.

[5] BG 23. 56; 47 III 25; A VI 6.

[6] BG 50 III 7; ZBJ 62. 90.

[7] BG 23. 56; 23. 412; A VI 6.

bestrittenen Teils als ungültig hätte zurückgewiesen werden müssen.[8] Zuletzt ist das Bundesgericht[9] zu seiner ursprünglichen Auffassung zurückgekehrt, wonach die Erklärung eines teilweisen Rechtsvorschlages mangels Angabe des genauen Betrages des bestrittenen Teils als ungültig und betreibungsrechtlich unwirksam anzusehen ist.

Wie weit geht nun das Erfordernis der genauen Angabe des bestrittenen Betrages? Die Bezeichnung des bestrittenen Teils der Forderung muß so deutlich sein, daß das Betreibungsamt aus der Erklärung allein ohne weiteres entnehmen kann, für welchen Betrag die Betreibung fortgesetzt werden darf.[10] Es genügt nicht, daß die bestrittene oder anerkannte Quote dem Schuldner und dem Gläubiger bekannt ist.[11] An Hand des Zahlungsbefehls und der Rechtsvorschlagserklärung muß das Betreibungsamt in der Lage sein, mit Leichtigkeit den anerkannten Betrag ziffernmäßig festzustellen, ohne daß es anderweitiger Angaben bedarf.[12] Andernfalls ist die Erklärung als ungültig zurückzuweisen oder doch unbeachtet zu lassen.

Bestreitet der Betriebene in seiner Begründung nicht die ganze Forderung, wird aber der genaue Betrag des bestrittenen Teiles nicht angegeben, so kann trotzdem der Rechtsvorschlag als gegen die ganze Forderung gerichtet angenommen werden, wenn sich aus seinen Aeußerungen ergibt,[13] daß der Schuldner mit seinem Rechtsvorschlag die Liquidität der Forderung, d. h. ihre Betreibungsreife, bestreitet.[14] Der Betriebene muß mangels eigener Angaben selbst nicht in der Lage sein, seine Bestreitung dem Werte nach zu substanzieren.[15]

II. Wirkung[16]

Die Betreibung kann für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden und bleibt für den bestrittenen Betrag eingestellt.[17] Voraussetzung dieser Fortsetzung ist, daß die Frist von Art. 69 Z. 2, Art. 152 Z. 1 und 159 schon, und diejenige der Art. 88 Al. 2, 154 und 166 Al. 2 noch nicht abgelaufen ist. Der Gläubiger kann erst nach einem gesetzlich bestimmten

[8] BG 25 I 79; 47 III 25.
[9] BG 40 III 63; 41 III 39; SJZ XXII 250.
[10] BG 40 III 63.
[11] BG 26 I 71; 30 I 22; 42 III 23.
[12] BG 30 I 22; 40 III 63; A VIII 76; vgl. Blumenstein, a. a. O. S. 253; Jaeger, Art. 74 N 11; Heuberger, Art. 74 N 1 und 2.
[13] ZBJ 62. 90; BG 42 III 23; 53 III 12.
[14] BG 50 III 25; ZBJ 46. 465; 46. 706; 59. 134.
[15] BG 25 I 116; 25 I 70; 26 I 71; 41 III 9; 53 III 12; ZBJ 46. 706.
[16] Art. 78 Al. 2: «Bestreitet der Schuldner nur einen Teil der Forderung, so kann die Betreibung für den unbestrittenen Betrag fortgesetzt werden.»
[17] Blumenstein, a. a. O. S. 258; Martin, a. a. O. S. 61; Jaeger, Art. 79 N 1.

Zeitpunkt Fortsetzung der Betreibung verlangen (nach 20 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreibung auf Pfändung; nach einem Monat in der Faustpfandverwertungs- und sechs Monate in der Grundpfandverwertungsbetreibung). Zudem ist eine Fortsetzung der Betreibung nicht mehr möglich, wenn das Recht, die Pfändung zu verlangen, erloschen ist (1 Jahr nach Zustellung des Zahlungsbefehls in der Betreibung auf Pfändung, Konkurs und Faustpfandverwertung; 2 Jahre in der Betreibung auf Grundpfandverwertung).

Die Möglichkeit der teilweisen Fortsetzung der Betreibung besteht auch dann, wenn der Schuldner nach Einleitung des Rechtsöffnungs- oder des ordentlichen Prozeßverfahrens freiwillig einen Teil anerkennt oder wenn die Einstellung der Betreibung nach Art. 85 nur für einen Teil der Forderung ausgesprochen oder die Forderung nur für einen Teil gerichtlich anerkannt wird. [18]

Voraussetzung der Fortsetzung ist jedoch stets, daß der Schuldner neben der teilweisen Anerkennung der Schuldpflicht nicht etwa die Liquidität der Forderung bestritten hat. [19]

III. Beispiele

Im Folgenden sind einige Beispiele von teilweisen Rechtsvorschlagserklärungen und deren Beurteilung durch die Praxis wiedergegeben.

«Erhebe Rechtsvorschlag; anerkenne ca. Fr. 2400.— und bestreite die Richtigkeit der Differenz von ca. Fr. 1500.—.» Diese Erklärung ist vom Bundesgericht [20] als Rechtsvorschlag gegen die ganze Forderung angesehen und daher als gültig betrachtet worden. Dieser Entscheid entspricht der früheren Praxis. Heute wäre eine solche Erklärung als teilweiser und, mangels genauer Angaben, als ungültiger Rechtsvorschlag zu betrachten.

«Opposition; offre de payer pour solde une somme de frs. 5059.50.» — In dieser Erklärung erblickt das Bundesgericht keine teilweise Anerkennung, sondern einen Vergleichsvorschlag, der gegen die ganze Forderung gerichtet ist und als gültig betrachtet werden darf. Diese Erklärung ist wohl eher als teilweiser Rechtsvorschlag aufzufassen (A VII 95).

«Erhebe Rechtsvorschlag, weil ich nicht alles schuldig bin.» — Nach alter Praxis wäre dieser Rechtsvorschlag gültig, weil er als gegen die ganze Forderung gerichtet betrachtet wird. Nach neuer Praxis liegt in dieser Erklärung (ZBJ 46. 706) eine Bestreitung nicht der Forderung an sich, sondern ihrer

[18] A 5. 141; 6. 10; 7. 46.
[19] BG 50 III 25.
[20] BG 23. 56.

Liquidität, da anzunehmen ist, der Schuldner sei nicht in der Lage gewesen, den zu bestreitenden Betrag genau festzustellen. Hätte er dies tun können, so würde es sich bei diesem Wortlaut um einen teilweisen und zwar mangels genauer Angaben um einen ungültigen Rechtsvorschlag handeln.

«Reconnaissons partiellement, faisons oppositions.» — Die Aufsichtsbehörde von Bern glaubt, den Rechtsvorschlag als gegen die ganze Forderung, d. h. gegen ihre Liquidität gerichtet, betrachten zu dürfen. Ausschlaggebend soll sein, ob der betreffende Betriebene in der Lage ist, den bestrittenen Betrag genau anzugeben. Das Bundesgericht hat aber mit Recht (ZBJ 62. 90) dahin entschieden, daß die Unmöglichkeit der Bestimmung des bestrittenen Betrages der Forderung aus der Erklärung des Rechtsvorschlages hervorgehen müsse. Andernfalls soll der Rechtsvorschlag als teilweiser und deshalb als ungültig betrachtet werden, um nicht eine Sabotage des Art. 74 Al. 2 herbeizuführen (BG 53 III 12).

«Opposition, pas d'accord, somme pas exacte.» — In einem solchen Wortlaut liegt eine teilweise Bestreitung und ist die Erklärung als Rechtsvorschlag ungültig (Genf SJZ XXII 250). Hält man diesen Entscheid den zwei vorhergehenden gegenüber, so sieht man, wie notwendig es war, für zweifelhafte Erklärungen, die mit Gewalt als Liquiditätsbestreitung aufgefaßt werden konnten, eine einheitliche Lösung aufzustellen. Die Bestreitung der Betreibungsreife muß aus der Erklärung deutlich herausgelesen werden können.

«Erhebe Rechtsvorschlag für einen Teil des Betrages, überhaupt verlange ich eine genauere Abrechnung.» (BG 25 I 70.) — Hier zeigt sich der typische Fall, wo eine teilweise Bestreitung trotz des Mangels genauer Angabe des bestrittenen Betrages als gültig betrachtet werden darf, indem aus ihrem Wortlaut hervorgeht, daß der Schuldner mangels genauer Abrechnung gar nicht in der Lage war, seine Bestreitung dem Werte nach zu begrenzen.

«Wird bestritten und nur der Betrag des von der Vormundschaftsbehörde eingegangenen Betrages anerkannt.» — Als teilweiser Rechtsvorschlag ist diese Erklärung ungültig, da das Betreibungsamt nicht in der Lage ist, aus den ihm zur Verfügung stehenden Akten die genaue Höhe der Bestreitung festzustellen. Der Schuldner selbst war jedoch in der Lage, seine Bestreitung genau zu umgrenzen (BG 25 I 116).

Wie aus diesen Beispielen ersehen werden kann, ist es vorteilhaft, eine teilweise Bestreitung nur dann zu wählen, wenn es möglich ist, ihren Umfang genau anzugeben. Andernfalls ist die Erklärung so abzufassen, daß aus ihr die Bestreitung der Liquidität herausgelesen werden kann, da sonst kein

gültiger Rechtsvorschlag vorliegt. Große Nachteile erwachsen dem betriebenen Schuldner nicht, wenn er in einfachster Form Rechtsvorschlag gegen die ganze Forderung erhebt und sich damit der Schwierigkeit der Abfassung der teilweisen Bestreitung entzieht.

§ 10. Der nachträgliche Rechtsvorschlag [1] [2]

Die Zustellung des Zahlungsbefehls kann (Art. 64, 65 und 66) rechtsgültig nicht nur an den Schuldner persönlich vorgenommen werden, sondern auch an erwachsene Personen, die zu seiner Haushaltung gehören, an Angestellte, oder zu seinen Handen an Gemeinde- oder Polizeibeamte. Aus der praesumptio legis, der Schuldner selbst habe den Akt in Empfang genommen, ergibt sich ohne weiteres, daß dem Betriebenen, der von dem nicht ihm persönlich zugestellten Zahlungsbefehl keine Kenntnis [3] erhalten hat, eine Möglichkeit gegeben werden muß, nachträglich Recht vorzuschlagen, da die ordentliche Rechtsvorschlagsfrist von 10 Tagen ohne sein Verschulden unbenutzt abgelaufen ist. Dieses Korrelat zu den verschiedenen Zustellungsformen des Zahlungsbefehls ist der nachträgliche Rechtsvorschlag. Er kommt auch zur Anwendung, wo es sich nicht um die Zustellung an physische, sondern an juristische Personen oder Gesellschaften (Art. 65) und um die Zustellung durch die Post (Art. 66) oder auf dem Wege der Requisition handelt. [4]

Nur beim Rechtsvorschlag sieht das SchKG eine Wiedereinsetzung vor. [5]

In der Wechselbetreibung gibt es keinen nachträglichen Rechtsvorschlag (vgl. § 13). [6]

---

[1] Art. 77: «Wenn der Betriebene ohne seine Schuld verhindert war, innerhalb der gesetzlichen Frist Recht vorzuschlagen, so kann er den Rechtsvorschlag noch nachträglich, und zwar bis zur Verwertung oder Konkurseröffnung anbringen. — Der Rechtsvorschlag ist in einem solchen Falle binnen 3 Tagen seit dem Wegfall des Hindernisses beim Richter anzubringen; gleichzeitig sind die Beweismittel einzulegen oder anzugeben, auf welche der Betriebene zur Rechtfertigung der Versäumnis sich beruft. — Der Richter kann bei Empfang des Rechtsvorschlages die vorläufige Einstellung der Betreibung verfügen; er entscheidet über die Zulassung des Rechtsvorschlages nach Einvernahme der Parteien.»

[2] Für Form und Legitimation des nachträglichen Rechtsvorschlages sind die in §§ 3 und 6 niedergelegten Grundsätze maßgebend. Seine Voraussetzungen, die Frist zur Erhebung, die Wirkung und das Verfahren weichen von den ordentlichen Bestimmungen nicht unwesentlich ab und sollen im Folgenden Gegenstand näherer Untersuchung sein.

[3] SJZ XV 263.

[4] SJZ XIX 266.

[5] Blumenstein, a. a. O. S. 202; Martin, a. a. O. S. 59.

[6] SJZ VIII. 256.

I. Voraussetzungen

Nach Art. 77 kann der Betriebene, der ohne seine Schuld an der rechtzeitigen Erhebung des Rechtsvorschlages verhindert war, unter gewissen Voraussetzungen nachträglich noch Recht vorschlagen.

Vor allem wird vorausgesetzt werden müssen, daß die Verhinderungsgründe nicht vom Schuldner persönlich verschuldet sind.[7] Der Schuldner darf nicht etwa im Hinblick auf die Betreibung und ihre Folgen einen Hinderungsgrund absichtlich herbeiführen.

Dem Schuldner darf kein Verschulden eines Dritten, auch wenn es noch so unentschuldbar ist, angerechnet werden.[8] Für den Betriebenen wird die Verhinderung immer als entschuldbar angesehen werden dürfen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß vom Willen des Schuldners unabhängige Umstände die Erhebung des Rechtsvorschlages verunmöglicht haben.[9]

Als Verhinderungsgrund kommt vor allem in Betracht: Wenn der Schuldner ohne eigenes Verschulden innerhalb der Rechtsvorschlagsfrist vom Zahlungsbefehl keine Kenntnis erhalten hat (wenn der Schuldner krank oder abwesend war und die Zustellung an einen Hausgenossen erfolgte, der den Zahlungsbefehl nicht weitergeleitet hat).[10] In allen Fällen, selbst wenn die Zustellung zuhanden des Schuldners an seinen Ehegatten[11] oder ein erwachsenes Kind[12] erfolgte, muß dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen oder doch glaubhaft zu machen, daß er persönlich vom Zahlungsbefehl keine Kenntnis erhalten hat.

Teilweise wird auch die weite Entfernung als solche als unverschuldeter Hinderungsgrund betrachtet,[13] wobei aber diese Praxis einer eingehenden Prüfung nicht standhält. Das Verhältnis zwischen Art. 77 und Art. 66 Al. 5 scheint ausschlaggebend gegen eine solche Lösung zu sprechen. Im allgemeinen geht die Spezialvorschrift der allgemeinen vor; im Falle weiter Entfernung ist daher nicht der nachträgliche Rechtsvorschlag, sondern die Verlängerung der Rechtsvorschlagsfrist gemäß Art. 66 Al. 5 am Platz, sofern diese überhaupt als notwendig erachtet wird.[14] Denn wenn im Betreibungsverfahren ein gerichtliches Verfahren vermieden werden kann, so soll dies aus Gründen der Oekonomie und der Rasch-

[7] Teilweise anders SJZ XVI 25.
[8] SJZ XVIII 121.
[9] Jaeger, Art. 77 N 2 i. i.; Heuberger, Art. 77 N 1.
[10] Jaeger, Art. 77 N 2; Martin, a. a. O. S. 59 f.
[11] SJZ XI 276.
[12] SJZ XVII 121.
[13] Jaeger, Art. 77 N 2; ZBJ 45. 463.
[14] Vgl. § 4 II.

heit der Vollstreckung getan werden. Die Fristverlängerung wird vom Betreibungsbeamten oder den Aufsichtsbehörden erteilt; es bleibt bei einem rein betreibungsrechtlichen Verfahren. Zudem ist es oft schwierig zu sagen, wann das Hindernis überhaupt weggefallen ist und wie bei Entfernungen von mehr als 3 Tagen die rechtzeitige Einreichung des nachträglichen Rechtsvorschlages vorgenommen werden kann.

Die Unmöglichkeit des Betriebenen, wegen Unkenntnis des schweizerischen Rechts Rechtsvorschlag zu erheben, wird von der Praxis teilweise als genügender Hinderungsgrund angesehen.[15] Der Hinderungsgrund soll erst wegfallen mit der Herbeiziehung eines mit dem schweizerischen Recht vertrauten Juristen. Diese Auffassung geht zu weit. Der Gesetzgeber hat das SchKG so einfach wie möglich gestalten wollen, damit von der Herbeiziehung von Rechtskundigen abgesehen werden kann.[16] Dies ist ihm allerdings nur unvollständig gelungen. Infolgedessen darf anderseits nicht mangelnde Rechtskunde als Hinderungsgrund herbeigezogen werden. Es genügt auch eine Berufung darauf nicht, daß der Schuldner sich über das Schuldverhältnis und die Frist nicht habe genügend orientieren können.[15] In einem solchen Falle hätte vorsorglich Rechtsvorschlag erhoben werden sollen. Ebensowenig kann eine unzweckmäßige Anordnung in der Uebermittlung des Rechtsvorschlages entschuldigen.[17]

Verfehlt ist auch der Standpunkt,[18] wonach der nachträgliche Rechtsvorschlag bei Einverständnis des Gläubigers zu bewilligen ist. Da nach Art. 33 die Fristen des Gesetzes durch Parteiübereinkunft nicht geändert werden dürfen, so kann nicht auf diesem Wege die zwingende 10tägige Frist zum Rechtsvorschlag verlängert oder sogar illusorisch gemacht werden. Dagegen wird der Richter in einem solchen Falle an den Beweis der notwendigen Voraussetzungen weniger strenge Anforderungen zu stellen brauchen.[19]

Das Recht zum nachträglichen Rechtsvorschlag kann wohl auch juristischen Personen und Gesellschaften zugebilligt werden.[20] Ein Hinderungsgrund, der sich daraus ergibt, daß der an einen Angestellten formrichtig zugestellte Zahlungsbefehl dem zuständigen Organ der juristischen Person oder der Gesellschaft innert der Rechtsvorschlagsfrist nicht vorgelegt wurde, ist als genügend zu betrachten.[21]

---

[15] ZBJ 45. 463.
[16] Vgl. Art. 27, spez. Al. 2.
[17] Jaeger, Art. 77 N 2.
[18] Keller in M. 2. 10.
[19] Jaeger, Art. 77 N 2.
[20] ZBJ 58. 500.
[21] SJZ 19. 266.

Die Praxis[22] wendet Art. 77 auch an, wenn nach Ablauf der Rechtsvorschlagsfrist ein Uebergang der in Betreibung gesetzten Forderung auf einen andern Gläubiger erfolgt ist, sei es kraft Zession oder kraft Erbfolge. Dem Schuldner muß die Möglichkeit gewahrt werden, die ihm dem neuen Gläubiger gegenüber zustehenden Einreden (so z. B. auch die Einrede der mangelhaften Zession) geltend zu machen.[23] Wenn es auch richtig ist, daß das Institut des nachträglichen Rechtsvorschlages nur für solche Fälle vorgesehen war, in denen der juristische Grund, Recht vorzuschlagen, bereits in der Rechtsvorschlagsfrist gegeben war, der Rechtsvorschlag aber aus Gründen unterblieben ist, die in der Person des Betriebenen und nicht in der des Betreibenden lagen, so kann doch auch bei Zession und dergleichen von Hindernissen in der Geltendmachung gesprochen werden.[24] Es ist notwendig, daß dem Betriebenen neben Art. 85 und 86 ein Mittel in die Hand gegeben wurde, sich gegen solche Veränderungen in der zum Verfahren aktiv legitimierten Partei zur Wehr setzen zu können. Der Betriebene ist immerhin dadurch benachteiligt, daß ihm nur 3 Tage, vom Zeitpunkt der Mitteilung des Uebergangs der Forderung an gerechnet, für die Bestreitung zur Verfügung stehen, während er ordentlicherweise über eine Frist von 10 Tagen verfügt.

Als Voraussetzung eines nachträglichen Rechtsvorschlages genügt es, wenn der Schuldner sich zur Zeit der Ausstellung des Zahlungsbefehls schon im Zustand der Handlungsunfähigkeit befand, aber noch kein gesetzlicher Vertreter gewählt war und auch die Vormundschaftsbehörde noch nicht in der Lage sein konnte, für ihn zu handeln.[25]

Es genügt nicht, daß der vertragliche Vertreter vom Zahlungsbefehl Kenntnis hat, um dadurch den nachträglichen Rechtsvorschlag auszuschließen, wenn feststeht, daß der Schuldner persönlich vom Zahlungsbefehl keine Kenntnis hatte.[26] Ein Vorbehalt soll jedoch gemacht werden für den Fall, daß der vertragliche Vertreter Spezialvollmacht zur Entgegennahme des Zahlungsbefehls oder eine Generalvollmacht hatte.[27] Darin soll die Ermächtigung liegen, auf die im Zahlungsbefehl enthaltene Aufforderung für den Vertretenen gültig zu antworten. Doch darf auch dies zum Ausschluß des nachträglichen Rechtsvorschlages nicht genügen, da die Zustellung an den vertraglichen Vertreter regelmäßig nur eine

[22] BG 22. 109; SJZ V 30; A V 70; V 107; XII 11; ZR 11. 90.
[23] Jaeger, Art. 77 N 2; Weber u. Brüstlein, Art. 77 N 8; Art. 59, 70 u. 71.
[24] BG 22. 109.
[25] BG 25 I 51.
[26] ZBZ III 72.
[27] Jaeger, Art. 77 N 2.

unvollkommene Zustellung darstellt, außer wenn der Schuldner nicht am Orte der Betreibung wohnt und er diese Person als zuständigen Vertreter bezeichnet hat.

Der nachträgliche Rechtsvorschlag darf nur bewilligt werden, wenn nicht schon eine Verwertung der gepfändeten Sachen oder die Konkurseröffnung stattgefunden hat.[28]

Damit nicht vor Bewilligung des nachträglchen Rechtsvorschlages die Betreibung in ein Stadium fortgesetzt werden kann, das den Rechtsvorschlag praktisch nutzlos macht, gibt das Gesetz dem Richter die Kompetenz, bei Empfang des nachträglichen Rechtsvorschlages die vorläufige Einstellung der Betreibung zu verfügen.

Ist es zu keiner Verwertung gekommen, sondern nur ein Verlustschein mangels pfändbarer Objekte ausgestellt worden, so kann auch nachher noch der Rechtsvorschlag bewilligt werden. Die Vorkehr kann rückgängig gemacht werden und keine Interessen Dritter leiden unter einer nachträglichen Annulierung des Verlustscheines.[29]

Der Richter im Konkursverfahren darf nur Aufschiebung des Konkurserkenntnisses verfügen, wenn gestützt auf das Gesuch um nachträglichen Rechtsvorschlag nach Al. 3 von Art. 77 die Betreibung vorläufig eingestellt wurde.[30] Denn Art. 172 Z. 2 gibt dem Konkursrichter nur die Kompetenz das Konkursbegehren abzuweisen, wenn der nachträgliche Rechtsvorschlag dem Schuldner bereits bewilligt oder vorläufige Einstellung der Betreibung verfügt worden ist.

II. Frist[31]

Die Befristung des nachträglichen Rechtsvorschlages ist eine doppelte; einerseits darf das Betreibungsverfahren nicht schon bis zur Verwertung oder bis zur Konkurseröffnung vorgeschritten sein,[32] anderseits ist die Bewilligung davon abhängig, daß der Schuldner binnen 3 Tagen seit Wegfall des Hindernisses beim Richter das Gesuch anbringt.[33] Das Hindernis fällt in dem Momente dahin, wo der Schuldner nachträglich vom Zahlungsbefehl Kenntnis erhält oder wo er in der Lage ist, überhaupt Recht vorzuschlagen.

Beim nachträglichen Uebergang der Forderung gilt das Hindernis, durch das der Schuldner verhindert wurde, Rechts-

---

[28] Heuberger, Art. 77 N 4.
[29] Jaeger, Art. 77 N 6; anders Semjud S. 747.
[30] Heuberger, Art. 172 N 2.
[31] Bis auf die Beschränkung der Frist in der Dauer (auf 3 Tage) können die in § 4 gemachten Ausführungen hier analog herbeigezogen werden.
[32] Vgl. I.
[33] Blumenstein, a. a. O. S. 256.

vorschlag zu erheben, als weggefallen, wenn der Schuldner vom erfolgten Uebergang (speziell Zession) Kenntnis erhalten hat. [34]

Der Schuldner, der aus dem Datum des Zahlungsbefehls ersieht, daß er die 10tägige Frist zum Rechtsvorschlag versäumt hat, soll das in Art. 77 vorgesehene Verfahren einschlagen, d. h. beim Richter innert 3 Tagen um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages nachsuchen. Es ist nicht notwendig, zuerst den ordentlichen Rechtsvorschlag und Beschwerde zu erheben. [35]

Ein innert der Frist am unrichtigen Ort, z. B. beim Betreibungsamt statt beim Richter, eingegebenes Gesuch um Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages ist abzuweisen, wenn es nicht noch im Laufe der Frist beim zuständigen Richter einlangt. [36] Eine Pflicht zur Weiterleitung solcher Gesuche besteht für die Betreibungsämter und die örtlich oder sachlich nicht zuständigen Gerichtsbehörden auf Grund des SchKG nicht. Obgleich diese Lösung sehr harte Konsequenzen nach sich ziehen kann, hält die Praxis [37] im allgemeinen daran fest.

Eine Restitution gegen die Versäumung der 3 tägigen Frist hat das SchKG nicht vorgesehen. [38] Die Frist wird, wenn ihr Ende in die Betreibungsferien oder einen Rechtsstillstand fällt, entsprechend verlängert. [39]

III. Wirkung

Die Wirkung des nachträglichen Rechtsvorschlages ist keine unmittelbare, sondern sie tritt nur und erst mit Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages durch den Richter ein. [40] Und zwar beruht diese Wirkung, wie beim ordentlichen Rechtsvorschlag, in der Einstellung der Betreibung. [41] Der Richter kann jedoch bereits bei Empfang des nachträglichen Rechtsvorschlages die vorläufige Einstellung der Betreibung verfügen (Art. 77 Al. 1).

Die Einstellung der Betreibung, und zwar auch die vorläufige, übt auf die Betreibungshandlungen eine verschiedene Wirkung aus. [42] Die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages hemmt lediglich die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens. Die vollzogenen Betreibungshandlungen sind jedoch nicht ohne weiteres als aufgehoben zu betrachten. Einzig

---

[34] A V 107.
[35] SJZ X 241.
[36] BG 29 I 117; A VIII 17; ZBJ 53. 351; SJZ XIV 332.
[37] BG 32 I 110; SJZ III 260.
[38] Blumenstein, a. a. O. S. 256; Jaeger, Art. 33 N 4.
[39] Jaeger, Art. 77 N 8; vgl. § 4 III.
[40] Blumenstein, a. a. O. S. 256.
[41] Vgl. § 7; SJZ XIII 383.
[42] Kreisschreiben Nr. 7 der SchK'Kammer vom 15. 11. 1899.

diese Auffassung entspricht dem Wortlaut von Art. 78, der sich nach seiner Stellung auch auf den in Art. 77 vorgesehenen nachträglichen Rechtsvorschlag bezieht. Sie erweist sich auch deshalb als zutreffend, weil die Gläubiger, welche Pfändungen erwirkt haben, nicht wegen eines vom Schuldner nachträglich erhobenen Rechtsvorschlages des Vorranges verlustig gehen dürfen, den sie sich durch rasches Vorgehen verschafft haben und den sie, wenn gegen ihre Betreibung rechtzeitig Recht vorgeschlagen worden wäre, durch sofortiges Rechtsöffnungsbegehren oder durch beförderliche Durchführung des ordentlichen Prozesses hätten wahren können.

Die bereits vollzogenen Pfändungen können jedoch nur als provisorische aufrecht erhalten werden und es ist ihr definitiver Fortbestand davon abhängig zu machen, ob der Gläubiger die zur Beseitigung des nachträglichen Rechtsvorschlages geeigneten Vorkehren trifft. Die betreibungsrechtliche Lage ist eine ähnliche wie beim Arrest. [43] Es ist deshalb Art. 278 Al. 4 analog anzuwenden. Die Betreibungsbeamten werden angewiesen, bei Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages den betreffenden Gläubigern, für die bereits eine Pfändung vollzogen wurde, eine Frist von 10 Tagen anzusetzen, binnen deren diese entweder Rechtsöffnung zu verlangen oder Klage auf Anerkennung ihrer Forderung anzuheben haben, widrigenfalls die Pfändung als dahingefallen betrachtet wird.

Die Beseitigung des nachträglichen Rechtsvorschlages erfolgt deshalb für Gläubiger, die noch keine Pfändung oder andere Betreibungshandlung als den Zahlungsbefehl erwirkt haben, analog der Beseitigung des rechtzeitigen Rechtsvorschlages. Für die andern Gläubiger, die in der Betreibung bereits weiter fortgeschritten sind, wird eine Frist zur Anhebung des ordentlichen oder des Rechtsöffnugsverfahrens angesetz (10 Tage).

IV. Das Verfahren

Das Verfahren zur Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages ist eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit formeller Natur, in welcher das materielle Zivilrecht nicht berührt wird. Es handelt sich hier lediglich um die Verfahrensfrage, ob das Vollstreckungsverfahren im vorliegenden Fall fortgesetzt werden könne. Das Verfahren bezweckt eine bestimmte Wirkung im betreffenden Betreibungsverfahren selbst, die Einstellung der Betreibung, und es haben diese Entscheidungen auf die Gestaltung materieller Rechtsverhältnisse gar keinen Einfluß. [44] Im Gegensatz zum rechtzeitigen Rechtsvorschlag hat hier nicht das Betreibungsamt, resp. die Aufsichts-

[43] Vgl. § 13 I.
[44] Blumenstein, a. a. O. S. 107 und 111.

behörde, über die formelle Zulässigkeit des Rechtsvorschlages zu entscheiden, sondern es ist dies eine im SchKG genau umgrenzte Möglichkeit, wo der Richter in das Betreibungsverfahren eingreift. Beim nachträglichen Rechtsvorschlag ist der Richter allein befugt, die Einstellung der Betreibung zu verfügen. Trotzdem die einzelnen Fälle der gerichtlichen Mitwirkung im Betreibungsverfahren streng abgegrenzt sind, können über die Tragweite und den Umfang der gerichtlichen Kompetenzen im einzelnen Falle Unklarheiten bestehen, da sich keine feste Regel aufstellen läßt.[44] So auch beim nachträglichen Rechtsvorschlag. Oertlich zuständig ist der Richter des Betreibungsortes, da die Wiedereinsetzung gegen die Unterlassung des Rechtsvorschlages ein Inzident, d. h. ein Zwischenstreit im Betreibungsverfahren darstellt.[45] Die sachliche Zuständigkeit wird durch das Prozeßgesetz des betr. Kantons bestimmt. Das SchKG schreibt lediglich vor, daß das Verfahren summarisch sein müsse (Art. 25 Z. 2). Ein Appellationsverfahren ist wohl statthaft, die Weiterziehung an das Bundesgericht jedoch unmöglich.[46] Die Kantone bestimmen, ob der Gläubiger vorzuladen und wie das Verfahren im übrigen durchzuführen sei, doch bedarf es zur vorläufigen Einstellung der Betreibung der Partei-Einvernahme. Entsprechend dem Charakter des Verfahrens als eines summarischen Prozesses muß ein Glaubhaftmachen genügen, und es dürfen deshalb an den Beweis nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden. Gleichzeitig mit der Eingabe des Gesuches sind die Beweismittel einzureichen oder doch anzugeben, auf welche sich der Betriebene zur Rechtfertigung der Versäumnis beruft. Es ist also auch eine Berufung auf Zeugen bundesrechtlich nicht ausgeschlossen; doch dürfen die Kantone die verwendbaren Beweismittel einschränken, da sie das Verfahren bestimmen, soweit darüber im SchKG nichts enthalten ist.[47]

Jaeger[48] will auch bei Bewilligung des Rechtsvorschlages dem Schuldner die Kosten der ersten Instanz auferlegen, da der Gläubiger an dieser Weitung des Verfahrens keinerlei Schuld trägt. Es scheint dies einigermaßen gerechtfertigt, trotzdem den Betriebenen kein Verschulden trifft, da der Rechtsvorschlag sonst gar nicht bewilligt worden wäre. Im übrigen richten sich die Kosten des Verfahrens nach dem Gebührentarif.[49]

---

[44] Blumenstein, a. a. O. S. 107 und 111.

[45] Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 77 N 3; BG 25 I 7.

[46] OG Art. 63 Z. 4; Blumenstein, a. a. O. S. 121; Jaeger, a. a. O. Art. 15 N 3.

[47] Jaeger, Art. 77 N 12; anders Blumenstein, a. a. O. S. 256 N 36; Reichel, a. a. O. Art. 77 Al. 2 und Bundesblatt 1887 I S. 799

[48] Jaeger, a. a. O. Art. 77 N 14.

[49] Vgl. Tarif 25, 28, 29, 30, 34 und 58.

§ 11. Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung

Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung unterscheidet sich von allen andern Arten, speziell vom ordentlichen, in mannigfacher Weise. Gewisse Eigenarten, die sich auf das Institut als ganzes beziehen, sollen der systematischen Behandlung vorausgenommen werden.

Durch Art. 56 Z. 3 werden die Betreibungsferien nicht auf die Wechselbetreibung ausgedehnt; d. h. Betreibungshandlungen, die im allgemeinen wegen Betreibungsferien nicht ausgeführt werden dürfen, können trotzdem vorgenommen werden, wenn es sich um solche der Wechselbetreibung handelt. Fristen, die unter den Bestimmungen der Wechselbetreibung stehen, werden weder in ihrem Laufe gehemmt, noch in ihrer Dauer verlängert.

Anders Rechtsstillstand, Nachlaßstundung und Notstundung, die auch in der Wechselbetreibung ihre Wirkung ausüben. [1]

Der nachträgliche Rechtsvorschlag kann in der Wechselbetreibung nicht angerufen werden. [2] Die strengen Wirkungen der wechselmäßigen Verbindlichkeiten stehen der Anwendung solcher Bestimmungen, die nicht im Abschnitt über die Wechselbetreibung enthalten sind, entgegen. In Art. 87 wird für Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung auf Art. 178—189 verwiesen, d. h. Art. 69—86 werden in der Wechselbetreibung überhaupt nicht oder doch nur soweit angewendet, als in den entsprechenden Artikeln auf sie verwiesen wird. Einen Vorbehalt zugunsten des Art. 77 (nachträglicher Rechtsvorschlag) zu machen, wird auch durch die von Heuberger [3] versuchte Begründung nicht zu rechtfertigen sein. Damit steht ferner im Einklang, daß unter den der ordentlichen Konkursbetreibung angehörenden Bestimmungen, die in Art. 189 als auf die Wechselbetreibung anwendbar erklärt werden, Art. 172 und speziell seine Ziffer 2 nicht figuriert. Es wird ausdrücklich nur Ziffer 3 von Art. 172 als in der Wechselbetreibung anwendbar erklärt.

Aus diesem Grunde und als Korrektiv gegenüber der streng formellen Regelung des Rechtsvorschlages und seiner Behandlung in der Wechselbetreibung kann der Schuldner auch in der Wechselbetreibung durch die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage eine infolge Unterlassung oder Nichtbewilligung eines Rechtsvorschlages bezahlte Nichtschuld zurückverlangen (Art. 187)

Trotzdem in den Bestimmungen über die Wechselbetrei-

---

[1] Vgl. § 4 III.
[2] ZR 10. 140; anders Heuberger, a. a. O. Art. 187; Riemer, a. a. O. S. 60.
[3] Heuberger, a. a. O. Art. 187.

bung ein Hinweis auf den teilweisen Rechtsvorschlag nicht enthalten ist, ist dieser — natürlich nur unter den in Art. 182 Z. 1—4 vorgesehenen Voraussetzungen — unbedingt zuzulassen.[4] Es handelt sich nicht, wie beim nachträglichen Rechtsvorschlag, um eine weitere Verzögerung und Hinausschiebung der Vollstreckung. Der Gesetzgeber hat wohl nur den Fall im Auge gehabt, daß eine auf einem Wechsel begründete Schuld entweder bestehe oder nicht bestehe. Es ist aber auch eine teilweise Tilgung möglich.[5]

I. Voraussetzung[6]

In formeller Beziehung ist Voraussetzung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung, daß ein Wechselbetreibungsverfahren überhaupt angehoben und dem Schuldner ein Zahlungsbefehl der Wechselbetreibung zugestellt worden ist.

Die materiellen Voraussetzungen richten sich nach Art. 182 Z. 1—4 (vgl. VII). Die Kognition des Betreibungsbeamten und der Aufsichtsbehörden über die Frage, ob der Forderungstitel, gestützt auf den die Wechselbetreibung angehoben wird, die formellen Erfordernisse eines Wechsels oder Checks und damit diejenigen der Wechselbetreibung aufweist, ist eine vorläufige, d. h. der Kognition eines nachfolgenden Gerichtsentscheides keineswegs präjudizierende.[7] Der Betriebene hat trotz dieser Prüfung durch den Betreibungsbeamten und die Aufsichtsbehörde immer noch die Möglichkeit, den Charakter des Titels als Wechsel oder Check zu bestreiten, wozu ihm der Wechselrechtsvorschlag zur Verfügung steht.[8] (Art. 182 Z. 3.)

Die Ausstellung eines Zahlungsbefehls in der Wechselbetreibung kann jedoch gültig vom Betreibungsamt und den Aufsichtsbehörden verweigert werden, wenn klar ersichtlich ist, daß der vom Gläubiger produzierten Urkunde der Charakter eines Wechsels oder Checks fehlt.[9] Trotzdem Heusler[10] in seinem Entwurfe zum SchKG die Kompetenz zur Prüfung des Charakters der produzierten Urkunde (ob Wechsel oder nicht) lediglich dem Richter zuerkennen wollte, hat das geltende Recht zur Entgegennahme und Prüfung aller Betreibungsbegehren den gleichen Beamten, den Betreibungsbeamten, für kompetent erklärt.[11]

---

[4] Anders Weber und Brüstlein, Art. 178 N 8.

[5] Zürich läßt ihn zu: ZR 23. 75; anders Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 178 N 8.

[6] Vgl. Grünhut, Wechselrecht, S. 173, 191; Staub, Wechselrecht, Art. 16 § 9; Art. 17 §§8 und 9.

[7] Blumenstein, a. a. O. S. 581; SJZ III 61; VII 39; Riemer, a. a. O. S. 47/8.

[8] BG 28. 73; ZR 12. 146; 26. 63; Riemer, a. a. O. S. 55 und 49/50.

[9] SchK'Kammer 30. V. 1905; BG 31 I 360; SJZ III 61; Riemer, a. a. O. S. 48.

[10] Heusler, Entwurf zum SchKG S. 199.

[11] Riemer, a. a. O. S. 46.

II. Frist [12]

Die Befristung (Art. 178 Z. 3) des Rechtsvorschlages ist auf 5 Tage angesetzt. Und zwar ist diese Frist nicht nur eine peremptorische, sondern es ist gegen ihre Versäumung auch keine Wiedereinsetzung in Form eines nachträglichen Rechtsvorschlages vorgesehen. [13] Ist die Frist abgelaufen, so darf das Betreibungsamt einen Rechtsvorschlag nicht mehr annehmen; es ist nicht Sache des Richters, sondern der Aufsichtsbehörde, darüber zu entscheiden, ob die Frist eingehalten ist oder nicht. Wird die Einrede der Verspätung erst vor dem Richter geltend gemacht, so kann er daher den Entscheid aussetzen, bis die Aufsichtsbehörde entschieden hat. [14]

III. Form [15]

Im Gegensatz zum ordentlichen Rechtsvorschlag (Art. 69 Z. 3 und 74 Al. 1) bedarf der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung der schriftlichen Form (Art. 178 Z. 3). [16] Da über die Erfordernisse der Schriftform im SchKG keine Bestimmungen enthalten sind, darf man die in andern Rechtsgebieten übliche Auslegung hier analog anwenden. Das OR bestimmt (Art. 13, 14 und 15), daß der Form der einfachen Schriftlichkeit nur Genüge geleistet sei, wenn sich die eigenhändigen Unterschriften aller Personen vorfinden, die sich im betreffenden Schriftstück verpflichten. Dem modernen Verkehr angepaßt gilt der Brief oder das Telegramm als schriftliche Form, sofern der erstere oder die Aufgabedepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten. Die Unterschrift ist eigenhändig zu schreiben. Für den Blinden wird Beglaubigung oder Nachweis der Kenntnis des Inhalts zur Zeit der Unterzeichnung verlangt. Die Unterschrift kann bei Personen, die des Schreibens nicht mächtig sind, durch ein beglaubigtes Handzeichen oder öffentliche Urkunde ersetzt werden. Dies wird in der Wechselbetreibung selten eintreten, da in einem solchen Falle eher das Institut der Stellvertretung zur Anwendung gelangt.

Ueber die Möglichkeit, den Rechtsvorschlag auch dem zustellenden Beamten oder Postboten zu Handen des Betrei-

[12] Die im § 4 gemachten allgemeinen Ausführungen sind auch hier anwendbar.

[13] Vgl. I; Blumenstein, a. a. O. S. 584; Jaeger, a. a. O. Art. 178 N 7.

[14] Jaeger, a. a. O. Art. 180 N 5.

[15] Art. 178 Z. 3: «Der Zahlungsbefehl enthält: die Eröffnung, daß der Schuldner während der nämlichen Frist von 5 Tagen einen Rechtsvorschlag unter Angabe der Gründe beim Betreibungsamt schriftlich eingeben oder wegen Mißachtung der Bestimmungen des Gesetzes bei der Aufsichtsbehörde in Gemäßheit der Art. 17 und 20 Beschwerde führen kann.»

[16] Riemer, a. a. O. S. 57/58.

bungsamtes zu übergeben, ist mit Ausnahme der ausdrücklich verlangten schriftlichen Form die allgemeine Praxis maßgebend.[17] Die telephonische Erklärung kann nicht angenommen werden, da es sich hier um eine der Mündlichkeit gleichgestellte Form handelt. Anders verhält es sich wohl bei der beim Betreibungsamt selbst zu Protokoll gegebenen Erklärung, die, wenn vom Erklärenden unterschrieben, als vollgültig betrachtet werden darf.[18]

IV. Inhalt

Der Rechtsvorschlag muß begründet werden (Art. 178 Z. 3). Die Gründe, gestützt auf welche der Rechtsvorschlag vom Gericht bewilligt werden kann, sind in Art. 182 Z. 1—4 abschließend aufgezählt.[19]

Ueber die Notwendigkeit der Begründung herrschen in der Doktrin zwei widersprechende Auffassungen. In der Praxis hat sich diejenige Auffassung durchgesetzt, wonach auch ein nicht begründeter Rechtsvorschlag vom Betreibungsamt dem Gericht überwiesen werden muß.[20]

Blumenstein vertritt in seinem Handbuch[21] die Ansicht, daß ein nicht begründeter Rechtsvorschlag als nicht erfolgt zu betrachten sei. Dies hat praktisch zur Folge, daß mangels einer gültigen Rechtsvorschlagserklärung auch keine Ueberweisung durch das Betreibungsamt an das Gericht stattzufinden braucht. Die Vertreter der andern Auffassung gehen sogar so weit, daß sie nicht nur überhaupt Uebergabe eines auch nicht begründeten Rechtsvorschlages an das Gericht verlangen, sondern sogar die Möglichkeit der gerichtlichen Bewilligung eines solchen Rechtsvorschlages bejahen. Ihre Hauptstütze suchen sie alle darin, daß sie die Bestimmung des Art. 178 Z. 3 als eine Ordnungssvorschrift betrachten, die im Zweifel zugunsten des Schuldners und nicht restriktiv ausgelegt werden soll.[22]

Die Auffassung des Blumenstein'schen Handbuchs verdient den Vorzug.[23]

Das Gesetz unterscheidet allgemein den Rechtsvorschlag in der ordentlichen Betreibung, d. h. in der Betreibung auf

---

[17] Vgl. § 3 I A und B.

[18] Jaeger, Art. 178 N 7; Martin, a. a. O. S. 165.

[19] ZBJ 29. 226; vgl. § 11 VII.

[20] Jaeger, Art. 178 N 7, 180 N 1; Weber und Brüstlein, Art. 178 N 7; Riemer, a. a. O. S. 58; Martin, a. a. O. S. 165; SJZ II 116, XI 43 (Zürich); XVIII 42 (Waadt); XVIII 194 (Waadt); XVIII 141 (Waadt); XXIII 27; ZR 12. 147; 23. 74; ZBJ 33. 26; 52. 291.

[21] Blumenstein, a. a. O. A. 584; so teilweise auch Overbeck, a. a. O. S. 137.

[22] SJZ XI 42; XII 394; XVII 344; XVIII 141 und 194; XXIII 27; ZR 12. 147; 23. 74.

[23] So auch SJZ II 43; VIII 255.

Pfändung, Pfandverwertung und Konkurs, und denjenigen in der Wechselbetreibung. Der Unterschied besteht nicht nur bezüglich der Fristen und der Form, sondern auch bezüglich der notwendigen materiellen Voraussetzungen. Wollte das Gesetz dem Betriebenen, der von irgend einem Dritten auf dem Betreibungswege belangt werden kann, in der Betreibung auf Pfändung im Institut des Rechtsvorschlages ein ebenso einfaches Mittel der Abwehr geben, so trifft diese Ueberlegung in der Wechselbetreibung nicht zu. Entgegen der Betreibung auf Pfändung hat der Gläubiger in der Wechselbetreibung bei Einreichung des Betreibungsbegehrens seine Grundlagen, beruhend in einem Wechsel oder Check, dem Betreibungsamt vorzuweisen und zu übergeben (Art. 177 Al. 2 im Gegensatz zu Art. 67 Z. 4, wo nur Angabe der Urkunde oder des Grundes der Forderung, nicht aber körperliche Uebergabe von Urkunden verlangt ist). Will hier der Schuldner Rechtsvorschlag erheben, so bestreitet er die Gültigkeit eines dem Betreibungsamt bereits vorgelegten Beweisstückes. Da diese Erklärung bedeutend weiter geht, als der Rechtsvorschlag in der ordentlichen Betreibung, wo einer unbegründeten Behauptung des Gläubigers eine ebensolche des Schuldners gegenübersteht, verlangt das Gesetz vom Schuldner Präzisierung und Begründung seines Begehrens. Das Rechtsvorschlagsverfahren in der Wechselbetreibung ist ein Rechtsöffnungsverfahren mit verkehrten Parteirollen, es ist das einzige Verfahren zwischen Anhebung der Wechselbetreibung und Konkurseröffnung.[24] Da es sich hier um ein gerichtliches Verfahren handelt, so dürfen auch die dort allgemein geltenden Grundsätze analog angewendet werden, soweit sie nicht gegen das SchKG verstoßen. Im allgemeinen muß aber jede Anhebung eines gerichtlichen Verfahrens in Form der Klage begründet werden. Sowohl Schriftlichkeit, wie Angabe der Gründe gehören zum Rechtsvorschlag, wie Angabe des bestrittenen Betrages zum teilweisen Rechtsvorschlag (was auch nichts anderes als das Verlangen nach Begründung darstellt),[25] ohne welche der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt zu betrachten ist.

Mit der Ausstellung des Wechsels muß sich der Aussteller stets bewußt sein, daß er damit jedem Inhaber desselben ein Mittel in die Hand gibt, das eine rasche Exekution ermöglicht. Denn nur so ist der Wechsel fähig, seiner Stellung im modernen Verkehr gerecht zu werden. Um diese rasche Vollstreckung zu erreichen, durfte das Gesetz dem Schuldner nicht das Mittel des gewöhnlichen Rechtsvorschlages geben, sondern die Erfordernisse der Erklärung mußten in Form, Frist und Inhalt dem Zwecke des Wechselrechtes und der Wechselbetrei-

[24] Riemer, a. a. O. S. 106.

[25] Vgl. neuere Auslegung der Praxis in § 9.

bung angepaßt werden. Deshalb wird in Art. 178 Z. 3 Schriftlichkeit, eine kurze Frist von 5 Tagen und Angabe der Gründe, in Art. 181 Beurteilung durch das Gericht innert 5 Tagen verlangt.

Es ist zuzugeben, daß das Gesetz keine Bestimmung enthält, wonach bei Nichtangabe der Gründe der Rechtsvorschlag als nicht erfolgt gilt. Wörtlich steht dies nirgends, doch darf, ja es muß dies ohne weiteres aus der positiven Fassung des Art. 178 Z. 3 argumento e contrario geschlossen werden. Diese Fassung wäre sonst unverständlich, besonders da sie sich in ausdrücklichen Gegensatz zu Art. 75 und dessen Auslegung durch die Praxis setzt. [26]

Dieser von Prof. Blumenstein [27] vertretenen Ansicht steht nicht entgegen, daß ein einmal begründeter Rechtsvorschlag später, d. h. in der gerichtlichen Verhandlung über seine Bewilligung, durch weitere Gründe ausgedehnt werden kann. [28] Es ist dies ein allgemein gültiger Prozeßgrundsatz. Entspricht die Erklärung, die dem Betreibungsamt abgegeben wird, formell Art. 178 Z. 3 — auf die materielle Begründetheit dieser Gründe kommt es einstweilen nicht an —, so muß die Weiterleitung an das Gericht erfolgen. Warum diese formell bereits genügenden Gründe nicht noch an Hand des Art. 182 ergänzt werden dürfen, ist nicht einzusehen. [29] Diese Ausdehnung widerspricht weder der dargelegten Auffassung noch dem Gesetz. Art. 178 Z. 3 verlangt nicht die Angabe aller Gründe, sondern nur derjenigen, die dem Schuldner im Momente der Abgabe der Erklärung gegenwärtig sind. Eine entgegengesetzte Auslegung ist als restriktiv abzulehnen. Die gerichtliche Entscheidung wird hier angerufen, damit die Sachlage, wenn auch nicht unwiderlegbar bewiesen (Art. 182 Z. 2—4, wo lediglich das Glaubhaftmachen verlangt ist), so doch abgeklärt wird.

Es ist beizufügen, daß dem Wechselrecht im allgemeinen eine sonst nicht übliche Formenstrenge gemein ist, die seinem Zweck, der möglichst raschen Exekution, dienen soll. Auch aus diesem Grunde darf der Ansicht von Prof. Blumenstein zugestimmt werden, besonders auch deshalb, weil mit der entgegengesetzten Auffassung der Trölerei von Seiten des Schuldners Tür und Tor geöffnet würde. Von Vertretern [30] der entgegengesetzten Auffassung wird sogar verlangt, daß zur Verhandlung über die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der

[26] Vgl. § 9.

[27] Blumenstein, a. a. O. S. 584.

[28] Jaeger, a. a. O. Art. 178 N 4; Martin, a. a. O. S. 165; Blumenstein, a. a. O. S. 584; Overbeck, a. a. O. S. 137; SJZ II 116; ähnlich Riemer, a. a. O. S. 58/59.

[29] ZBJ 30. 30; 40. 470; früher anders; ZBJ 33. 30.

[30] Jaeger, Art. 181 N 4; 183 N 2; Riemer, a. a. O. S. 109; ZR XI 99; ZBJ 40; 697; SJZ XII 98.

Wechselbetreibung die Parteien vorgeladen werden müssen. Mit der raschen Exekution wäre es dann allerdings bedenklich schlecht bestellt.[31]

V. Legitimation

A. Aktivlegitimation

Für die Aktivlegitimation zur Erhebung des Rechtsvorschlages sind die in § 6 I gemachten Ausführungen hier analog anwendbar.

Die Betreibungsbehörden dürfen in der Wechselbetreibung bei stellvertretungsweiser Erhebung des Rechtsvorschlages, sei es mit oder ohne Vollmacht, inbezug auf den Nachweis der Genehmigung von Seiten des Schuldners etwas strenger sein. Es handelt sich um die Wechselbetreibung, wo das Formelle mehr zur Geltung gelangt als in den andern Betreibungsverfahren. Doch ist es nicht ein ordentliches Prozeßverfahren, sondern lediglich ein Verfahren zur Beurteilung einer rein betreibungsrechtlichen Streitigkeit formeller Natur.[32] Es brauchen deshalb nicht die im Zivilprozeß aufgestellten strengen Vorschriften betreffend Legitimation erfüllt zu werden, sondern es genügt die Erfüllung der im SchKG verlangten Erfordernisse.

B. Die Funktionen des Betreibungsamtes

Zur Entgegennahme des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung ist das zuständige Betreibungsamt kompetent. Es hat die formellen Requisite des Rechtsvorschlages auf ihre Erfüllung hin zu prüfen. So vor allem, ob der Rechtsvorschlag rechtzeitig eingereicht, ob er inbezug auf Form gesetzmäßig, ob er mit einer Begründung versehen und ob die Legitimation zur Erhebung als gültig zu betrachten sei.[33] Das geht bereits daraus hervor, daß die Rechtsvorschlagserklärung beim Betreibungsamt einzureichen ist (Art. 77 Al. 2). Die Prüfung der formellen Seite des Rechtsvorschlages ist nicht Sache des Gerichtes.

Das Gericht hat lediglich über die materielle Seite der Begründung des Rechtsvorschlages zu urteilen, was besonders aus Art. 182 Al. 1 hervorzugehen scheint. Wenn es heißt: «Das Gericht bewilligt den Rechtsvorschlag . . .», so bedeutet dies soviel, daß überhaupt ein Rechtsvorschlag vorhanden sein muß, bevor das Gericht einen solchen bewilligen kann. Und darüber, ob ein formell gesetzmäßiger Rechtsvorschlag vorliegt, entscheidet das Betreibungsamt. Art. 182 bestimmt, daß das Gericht den Rechtsvorschlag bewilligt, ja bewilligen muß, sofern eine der in Z. 1—4 verlangten Voraussetzungen erfüllt ist.

[31] Anders Prof. Reichel in ZBJ 33. 29.
[32] Blumenstein, a. a. O. S. 107.
[33] Anders Jaeger, Art. 183 N 1; 180 N 1 und 5; 178 N 7; ZBJ 52. 291.

Diese Voraussetzungen sind alle materiellrechtlicher Natur. Das Gericht hat über diese allein zu entscheiden. Jaeger [34] will im Falle, daß der Gläubiger in der gerichtlichen Verhandlung die Verspätung des Rechtsvorschlages geltend macht, den gerichtlichen Entscheid bis zur betreibungsamtlichen Entscheidung über die Rechtzeitigkeit aussetzen. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum dies für die Bestreitung der andern formellen Requisite nicht auch getan werden kann. Gibt z. B. der Schuldner seinen Rechtsvorschlag mündlich ein, so liegt nach Art. 178 Z. 3 kein gültiger Rechtsvorschlag vor und das Betreibungsamt kann mangels eines Rechtsvorschlages auch keine Ueberweisung vornehmen. Es entspricht dem Prinzip der Prozeßökonomie, einen Rechtsvorschlag, der den formellen Voraussetzungen nicht entspricht, gar nicht dem Gericht zu überweisen. Dieses müßte aus rein formellen Gründen zur Abweisung des Rechtsvorschlages gelangen, ohne dabei überhaupt auf die Prüfung der materiellen Seite eingetreten zu sein. Die Verfügung des Betreibungsamtes, wonach der Rechtsvorschlag als ungültig betrachtet wird, kann vom Schuldner, der Rechtsvorschlag erhoben hat, nur durch Beschwerde angefochten werden und muß die Aufsichtsbehörde über die Erfüllung der formellen Voraussetzung der schriftlichen Form befinden.

Konsequenterweise müssen entweder alle formellen Requisite (nicht nur dasjenige der Rechtzeitigkeit) vom Betreibungsamt oder, mit den materiellen, vom Richter geprüft werden.

Damit, daß die Betreibungsbehörden die formellen Requisite des Rechtsvorschlages als erfüllt betrachten, ist der Rechtsvorschlag noch nicht bewilligt, im Gegensatz zu demjenigen in der Betreibung auf Pfändung, Pfandverwertung und Konkurs.

Zur Prüfung der materiellrechtlichen Richtigkeit der Begründung des Rechtsvorschlages, d. h. zur Bewilligung des Rechtsvorschlages, ist einzig das zuständige Gericht kompetent. [35]

VI. Verfahren

Da es sich beim Verfahren über die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung um ein rein betreibungsrechtliches, summarisches Verfahren handelt, ist vor allem das SchKG maßgebend. [36] Wenn auch das bernische EG zum SchKG § 36 Z. 4 und § 37 für dieses Verfahren den bernischen Zivilprozeß als maßgebend vorsieht, so geschieht dies nur soweit nicht bundesrechtliche Vorschriften damit im Wider-

[34] Jaeger, a. a. O. Art. 183 N 1; 180 N 1 und 5; 178 N 7

[35] Aehnlich Riemer, a. a. O. S. 47 ff.

[36] Riemer, a. a. O. S. 108.

spruche stehen. Ein solcher Widerspruch ist beim Verfahren nach Art. 181 in gleicher Weise vorhanden wie beim Rechtsöffnungsverfahren. Im einen wie im andern Fall wird entweder ein liquider Urkundenbeweis oder nur ein bloßes Glaubhaftmachen verlangt. In beiden Fällen muß der Richter innert 5 Tagen seinen Entscheid fällen (Art. 84 und 181),[37] woraus sich ergibt, daß ein selbständiges Beweisverfahren, wie es der bernische Zivilprozeß vorsieht, weder verlangt werden kann, noch möglich ist. Für das Verfahren des Art. 181 treffen deshalb die gleichen Ueberlegungen wie für das Rechtsöffnungsverfahren zu und zwar umsomehr, als der Richter ja sogar ohne Einvernahme der Parteien zur Beurteilung kompetent ist. Es genügt, wenn das Gericht den Parteien, ohne sie vorzuladen, Gelegenheit zur Verteidigung gibt.[38]

Das gerichtliche Verfahren ist ein summarisches Prozeßverfahren rein betreibungsrechtlicher Natur, dem Wirkung lediglich im betreffenden Betreibungsverfahren selbst zukommt.[39]

Die Verletzung der Vorschrift des Art. 181, wonach der Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages innert 5 Tagen gefällt sein soll, berechtigt nicht zur Kassation des Entscheides, sondern zu einer Beschwerde und einem staatsrechtlichen Rekurs wegen Rechtsverweigerung.[40] Der Richter soll deshalb, gleichgültig ob er die Parteien zu einer Verhandlung eingeladen hat, wenn möglich innert dieser 5 Tage entscheiden.[41]

Der Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wird den Parteien sofort mitgeteilt (Art. 184 Al. 1). Dieselben können innerhalb 5 Tagen nach dessen Mitteilung bei der obern kantonalen Gerichtsinstanz Berufung einlegen (Art. 185). Eine solche Berufung hat lediglich dann Suspensiveffekt (Art. 36), wenn es die obere Gerichtsbehörde speziell verfügt. Davon ist den Parteien sogleich Kenntnis zu geben. Mit Rücksicht auf SchKG Art. 25 Z. 2 ist es Sache des kantonalen Rechtes, die Voraussetzungen der Berufung zu regeln, wobei eine Wertgrenze festgesetzt werden kann.[42] Eine Berufung an das Bundesgericht ist ausgeschlossen, da es sich um eine Streitigkeit handelt, die im summarischen Verfahren zu erledigen ist. Solche unterliegen niemals der Berufung ans Bundesgericht, weil es sich in diesen Entscheidungen nicht um Haupturteile handelt (OG Art. 58 Al. 1).

---

[37] Riemer, a. a. O. S. 105.

[38] Blumenstein, a. a. O. S. 586; anders Jaeger, Art. 183 N 4; Riemer, a. a. O. S. 110; ZBJ 40. 697; SJZ XII 98.

[39] Blumenstein, a. a. O. S. 107.

[40] SJZ XVIII 241; Riemer, a. a. O. S. 109.

[41] ZR 11. 99.

[42] Blumenstein, a. a. O. S. 586.

Dagegen kann bei Vorliegen von Willkür oder einer andern Verletzung verfassungsmäßiger Rechte ein staatsrechtlicher Rekurs erhoben werden.[43]

Der Entscheid soll auch dann mitgeteilt werden, wenn er verneinend lautet, d. h. wenn der Rechtsvorschlag nicht bewilligt wird (Art. 184). Er soll, soweit dies möglich ist, die allfälligen Verfügungen über vorsorgliche Maßnahmen (Art. 183) und über Kautionsleistung des Gläubigers enthalten.[44]

Die Mitteilung muß innerhalb 5 Tagen schriftlich erfolgen, da der Entscheid über die Verweigerung des Rechtsvorschlages bei Stellung des Konkursbegehrens dem Konkursgericht vorgelegt werden muß (Art. 188).

Ist nach Art. 183 Al. 1 die Aufnahme des Güterverzeichnisses angeordnet worden, so ist hievon dem Betreibungsbeamten ebenfalls schriftlich Mitteilung zu machen. Im übrigen erhält das Betreibungsamt keine Mitteilung über die Bewilligung des Rechtsvorschlages. Dem Gläubiger ist mit der Mitteilung auch der Forderungstitel wieder zuzustellen.

Als Bestandteil der Wechselbetreibung ist der Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages und die Mitteilung desselben an die Parteien auch während der Betreibungsferien möglich (Art. 56 Z. 3), nicht dagegen während eines Rechtsstillstandes.[45]

Das Gericht kann den Entscheid solange aussetzen, bis Schuldner oder Gläubiger Kostenvorschuß geleistet haben.[46] Mit dem Rechtsvorschlag ist auch die Gebühr des Betreibungsamtes (Tarif Art. 11 Al. 2) und ferner dem Betreibungsamt zu Handen des zuständigen Gerichts Kostenvorschuß für die Bewilligung des Rechtsvorschlages zuzustellen (Tarif 28, 33 und 35). Doch hat die Unterlassung dieser Deposition nicht Ungültigkeit des Rechtsvorschlages zur Folge; das Gericht kann den Kostenvorschuß nachträglich verlangen.

VII. Materielle Voraussetzungen der Bewilligung

Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung kann nur bewilligt werden, wenn Einspruchsgründe aus Art. 182 Z. 1—4 vorliegen. Andere Einsprachegründe sind durch Beschwerde geltend zu machen.[47] Ein vom Betriebenen eingegebener Rechtsvorschlag ist nur dann gültig, wenn er in seiner Erklärung das Vorhandensein der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer Wechselbetreibung, also entweder das Bestehen der Forderung als solcher oder der subjektiven und objektiven

[43] BG 24 I 1; Jaeger, a. a. O. Art. 185 N 4.
[44] Jaeger, a. a. O. Art. 183 N 1.
[45] Riemer, a. a. O. S. 114.
[46] Jaeger, Art. 181 N 3.
[47] Blumenstein, a. a. O. S. 587; Riemer, a. a. O. S. 110; ZBJ 33. 26.

Wechselmäßigkeit derselben, bestreitet. Da der Art. 182 Z. 1—4 die Gründe abschließend aufzählt, [47] gestützt auf die ein Rechtsvorschlag bewilligt werden darf, so ist damit die Reihe der Rechtsvorschlagsgründe erschöpfend normiert. Namentlich kann niemals das Vorhandensein betreibungsrechtlicher Requisite der Wechselbetreibung im Wege des Rechtsvorschlages bestritten werden. [48]

Die Bestreitung des Rechtes, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen, ist analog zu behandeln, wenn es sich nicht um einen der Gründe des Art. 182 handelt (z. B. wenn der Schuldner bestreitet, gemäß Art. 265 zu neuem Vermögen gelangt zu sein). [49]

Ein Rechtsvorschlag, in welchem der Schuldner sich darauf beruft, daß der in Betreibung gesetzte Wechsel auf Mark laute, im Zahlungsbefehl jedoch Franken verlangt würden, kann nicht bewilligt werden. Es ist dies keine Einrede gegen den Bestand, die Höhe, die Fälligkeit oder die Gültigkeit des Wechsels. Zudem verlangt das SchKG (Art. 67 Z. 3) in jedem Fall die Angabe der Forderungssumme in gesetzlicher Schweizerwährung. [50]

Der Rechtsvorschlag ist vom Gericht nur dann zu bewilligen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen zutrifft:

1. «Wenn durch Urkunden bewiesen wird, daß die Schuld an den Inhaber des Wechsels oder Checks bezahlt oder durch denselben nachgelassen oder gestundet ist.» (Art. 182 Z. 1.)

Der Beweis muß durch Urkunden erbracht werden. Als Urkunde in diesem Sinne ist nur diejenige schriftliche Erklärung anzusehen, in der selbst die Zahlung, Stundung [51] oder der Erlaß festgestellt, d. h. verurkundet wird. [52] Die Stundung oder Bezahlung gerade dieser Forderung muß aus der Urkunde klar und unzweideutig hervorgehen. [53] Schriftliche Zeugenaussagen sind sowenig als einseitige Bucheinschriebe des Schuldners beweiskräftige Urkunden. [54] Doch wird auch eine Zahlung als genügend erachtet, die in der Verhandlung selbst erfolgt.

In der Doktrin streitet man sich, ob in Art. 182 Z. 1 der Urkundenbeweis als solcher im Vordergrund stehe oder ob als Gründe in seinem Sinne nur die Tilgungsart der Zahlung, d. h. die Leistung dessen, was in obligatione ist, die Stundung und der Erlaß in Form des Urkundenbeweises genügen. Blumenstein, Jaeger, Weber und Brüstlein, Reichel und das zürcheri-

[48] Blumenstein, a. a. O. S. 584.
[49] ZBJ 31. 24.
[50] ZR 19. 131.
[51] SJZ VIII 272.
[52] Riemer, a. a. O. S. 65.
[53] Riemer, a. a. O. S. 66.
[54] ZBJ 9. 154.

sche Obergericht[55] sprechen sich dafür aus, daß alle andern Tilgungsgründe, d. h. jedes andere Erlöschen der Wechselschuld als durch Leistung gerade des Geschuldeten, unter dem Gesichtspunkt der Z. 4 von Art. 182 geltend zu machen seien. Heuberger und das zürcherische Obergericht vertreten die Auffassung,[56] daß Z. 1 von Art. 182 speziell aus Gründen der Beweiskraft den Z. 2—4 gegenübergestellt sei, indem im letzten Teil des Art. 182 ein Glaubhaftmachen der Einreden genügt. Das Obergericht von Zürich argumentiert richtig, daß die Zahlung als spezieller Tilgungsgrund sowohl unter Z. 1, wenn durch Urkunden bewiesen, als auch unter Z. 4, wenn nur glaubhaft dargestellt, geltend gemacht werden könne.[57] Diese Auffassung darf allerdings nicht auf jede andere Tilgungsart ausgedehnt werden. In Z. 1 ist die Zahlung, Stundung und der Erlaß speziell erwähnt, argumento e contrario alle andern Tilgungsarten[58] ausgeschlossen. Unter die in Z. 4 geltend zu machenden Tilgungsgründe des Art. 811 OR fällt aber auch die Zahlung. Die erste Auffassung scheint begründeter zu sein; das Gesetz wollte die Zahlung besonders hervorheben; sie ist die normale Erfüllungsart, während alle andern nur als Surrogate in Betracht kommen. Der Wechsel ist dasjenige Institut, das am meisten auf Zahlung hin tendiert. Diese Lösung entspricht dem im übrigen streng formellen Wechselrecht. Die in Z. 1 Art. 182 genannten Einreden beziehen sich jedoch lediglich auf ein zwischen Betriebenem und Betreibenden bestehendes Rechtsverhältnis. Die Zahlung muß durch den Betriebenen an den Betreibenden erfolgt, die Stundung oder der Erlaß muß vom Betriebenen mit dem Betreibenden vereinbart worden sein.[59]

Das «nachgelassen» im Texte des Art. 182 Z. 1 bezieht sich nicht auf den Nachlaßvertrag der Art. 293 ff., was sich aus dem französischen Text ergibt (remise de la dette).[60] Für die Erfüllung des in Art. 182 Z. 1 verlangten Tatbestandes der Stundung genügt es nicht, wenn das Gesuch um Nachlaßstundung hängig ist. Die gewährte Stundung muß vom Betriebenen nachgewiesen werden.

2. «Wenn Fälschung des Titels glaubhaft gemacht wird.» (Art. 182 Z. 2.)

Die Fälschung kann bestehen in der Fälschung der Unter-

[55] Blumenstein, a. a. O. S. 587; Jaeger, a. a. O. Art. 182 N 6; Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 182 N 2; Reichel, a. a. O. Art. 182 N 2; ZBJ 41. 447; SJZ IX 73; ZR 12. 177.

[56] Heuberger, a. a. O. Art. 182 N 1; ZR 12. 177; auch SJZ X 123; ZR 9. 154.

[57] Auch Riemer, a. a. O. S. 62.

[58] Anders Riemer, a. a. O. S. 67.

[59] Riemer, a. a. O. S. 61.

[60] Weber und Brüstlein, Art. 182 N 2.

schrift des betriebenen Schuldners.[61] Falsche oder gefälschte Unterschriften auf einem Wechsel sind gemäß Art. 801 OR ohne Einfluß auf die Wechselkraft der darauf befindlichen echten Unterschriften. Der Betriebene kann sich also nur auf eine Fälschung derjenigen Unterschrift berufen, aus welcher er selbst haftet.

Behauptet der Betriebene eine Fälschung des Wechselinhaltes, so befreit ihn dies nur dann, wenn nicht nachgewiesen ist, daß diese Veränderung vor seiner eigenen Unterzeichnung erfolgte. Gemäß Art. 802 Abs. 2 OR haften alle diejenigen, welche den Wechsel erst nach der Veränderung gezeichnet haben, in Gemäßheit des veränderten Inhaltes wechselmäßig. Freilich liegt hier die Beweislast dem Gläubiger ob. Ist nicht erweislich, ob die Zeichnung vor oder nach der Veränderung stattgefunden hat, so wird (Art. 802 Abs. 2 OR) angenommen, daß sie schon vor derselben erfolgt sei.[62] Diese Vorschriften gelten (Art. 827 Z. 10 und 836 OR) auch für den Check. Bewirken jedoch Veränderungen das Fehlen eines wesentlichen Erfordernisses des Titels überhaupt, so werden alle Wechselverpflichteten befreit. Es liegt gar kein Wechsel oder Check vor. Solche Mängel sind im Rechtsvorschlagsverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen und der Rechtsvorschlag ist zu bewilligen.[63]

Art. 182 Z. 2 räumt dem Richter zur Ueberprüfung der Behauptung des Schuldners, es liege eine Fälschung der Unterschrift vor, ein summarisches Prüfungsrecht ein. Von diesem Recht soll der Richter im Zweifel zugunsten des Schuldners in dem Sinne Gebrauch machen, daß er an die Erfordernisse der Glaubhaftmachung der Fälschung keinen strengen Maßstab legt, wenn wirklich Anhaltspunkte für eine Fälschung vorliegen.[64]

Da Art. 182 Z. 2 ausdrücklich bestimmt, daß der vom Schuldner verlangte Rechtsvorschlag nur dann zu bewilligen sei, wenn die Fälschung des Wechsels glaubhaft gemacht wird, kann der Rechtsvorschlag nicht schon dann bewilligt werden, wenn der Betriebene an einer an sich unverdächtigen Wechselurkunde die Echtheit seiner Unterschrift bestreitet, sondern nur dann, wenn er die Unechtheit der Unterschrift glaubhaft macht.[65]

Unverkennbar liegt darin für den Schuldner die Gefahr, daß die wechselrechtliche Exekution auf Grund eines Wechsels durchgeführt werden kann, bevor mit Sicherheit feststeht,

---

[61] Blumenstein, a. a. O. S. 587; Riemer, a. a. O. S. 68.
[62] Blumenstein, a. a. O. S. 588.
[63] Riemer, a. a. O. S. 69.
[64] Blumenstein, a. a. O. S. 588; Riemer, a. a. O. S. 70; ZR 11. 174.
[65] SJZ X 49.

ob die Urkunde wirklich ein Wechselversprechen des Betreibungsschuldners enthält. Aus diesem Grunde lassen andere Rechtsordnungen, z. B. die deutsche und französische, die Exekution aus dem Wechsel nicht zu, bevor die Echtheit der vom Schuldner bestrittenen Wechselunterschrift festgestellt ist. Der schweizerische Gesetzgeber sah sich genötigt, die Exekution für wechselrechtliche Verpflichtungen für ein Rechtsgebiet zu regeln, daß ein einheitliches Prozeßverfahren nicht kennt. Wäre dabei die Exekution nur dann zugelassen worden, wenn vorgehend im Wege des ordentlichen Zivilprozeßverfahrens die Feststellung der Echtheit der bestrittenen Wechselunterschrift erfolgt ist, so wäre damit ein Rechtszustand geschaffen worden, bei dem die einfache Bestreitung der Wechselunterschrift die wechselrechtliche Exekution gehemmt hätte. Damit würde die Wechselstrenge überhaupt in Frage gestellt worden sein. Diese Erwägungen mögen den Gesetzgeber dazu bewogen haben (Art. 182 Z. 2), den die Exekution hemmenden Rechtsvorschlag nur dann zu bewilligen, wenn die Fälschung des Titels glaubhaft gemacht wird. Damit wird allerdings, im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz der Verteilung der Beweislast, eine gewisse Vermutung der Echtheit der Wechselunterschrift ausgesprochen, wenigstens beim Vorliegen einer an sich unverdächtigen, die Unterschrift des Betriebenen tragenden Wechselurkunde. [66]

3. «Wenn eine aus dem Wechselrecht hervorgehende Einrede begründet erscheint.» (Art. 182 Z. 3; Art. 811 OR.)

Zu diesen Einreden aus dem Wechselrecht gehören alle diejenigen, welche sich gegen den Bestand einer wechselmäßigen Verpflichtung überhaupt richten. Sie machen geltend, daß entweder ein wechselrechtlicher Anspruch aus dem Wechsel überhaupt nicht, [67] nicht gegen den betriebenen Schuldner [68] oder nicht in dem verlangten Umfang entstanden oder daß der früher entstandene Wechselanspruch nach Wechselrecht verloren gegangen, [69] untergegangen oder getilgt sei. [70] Somit gehören hierher auch diejenigen Einreden, welche das Bestehen einer wechselrechtlichen Verpflichtung aus formellen Gründen, d. h. wegen Mangel eines wesentlichen Erfordernisses des Wechsels oder Checks, [71] verneinen (wenn z. B. das Wort «Wechsel» oder «Check» fehlt oder der Eigenwechsel an eigene

[66] ZR 11. 174.

[67] ZBJ 38. 170; ZR 10. 66.

[68] ZBJ 34. 48; ZSR IX 273; VIII 207.

[69] ZBJ 20. 601; 43. 289; anders ZSR XXVI S. 18, XXIX S. 25; ZR III 345.

[70] Blumenstein, a. a. O. S. 588/9; SJZ XVIII 158; Heuberger Art. 182 N 4; Staub, a. a. O. Art. 82 A 2 Z. 1; Grünhut, a. a. O. Bd. II S. 133; vgl. die bei Hafners Kommentar zum OR II. Auflage Art. 811 N 2 erfolgte Aufzählung der einzelnen Fälle.

[71] A IX 116; ZBJ 49. 119.

Ordre lautet).[72] Diese Einreden können also, auch wenn sie vor dem Betreibungsamt oder den Aufsichtsbehörden nicht geltend gemacht oder von ihnen abgewiesen worden sind, im Rechtsvorschlagsverfahren erhoben werden.

Die Verneinung einer wechselrechtlichen Verpflichtung ist keineswegs immer gleichbedeutend mit der Verneinung der Schuldpflicht überhaupt.[73] Es kann daher unter Umständen auf Grund eines Wechsels, gegen welchen in der Wechselbetreibung der Rechtsvorschlag bewilligt wurde, eine neue gewöhnliche Betreibung angehoben und Rechtsöffnung erwirkt werden.[74]

Ein strikter Beweis dieser Einreden wird nicht verlangt. Deshalb darf angenommen werden, daß ein bloßes Glaubhaftmachen genügt. Können die Einreden nicht glaubhaft gemacht werden, so darf das Gericht den Rechtsvorschlag gemäß Art. 183 Al. 2 verweigern.

Die Unterscheidung zwischen aus dem Wechselrecht selbst hervorgehenden Einreden (Art. 182 Z. 3) und solchen, die unmittelbar in der Person des Betreibenden begründet sein müssen (Art. 182 Z. 4), ist schwierig. Unter wechselrechtlichen Einreden sind wohl solche Einreden verstanden, deren Grundlage sich in den wechselrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes findet[75] (z. B. Fehlen der zusammenhängenden Kette von Indossamenten, Wechselunfähigkeit des Ausstellers, Fehlen eines wesentlichen Erfordernisses des Titels, Vorliegen von Teilzahlungen, Versäumung des Protestes).

4. «Wenn eine andere nach Art. 811 OR zulässige Einrede erhoben wird und deren Inhalt glaubhaft erscheint, in diesem Falle jedoch nur gegen gleichzeitige Hinterlegung der Forderungssumme in Geld oder Wertschriften.» (Art. 182 Z. 4.)

Es handelt sich dabei um Einreden, die nicht aus dem Wechselrecht hervorgehen, sondern zivilrechtlicher Natur[76] sind, jedoch dem betriebenen Schuldner gegenüber dem betreibenden Gläubiger persönlich zustehen. Dem Betriebenen ist damit die Möglichkeit gegeben, auch Einreden aus dem der Wechselverpflichtung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu erheben.[77] Mit diesen Einreden wird geltend gemacht, daß dem Betreibenden gegenüber überhaupt keine Schuldpflicht bestehe, so z. B. wegen Betrugs, Irrtums, Unsittlichkeit, Unklagbarkeit wegen Spiel, Mangel der Handlungsfähigkeit,[78] und jede Einrede des Erlöschens der Schuld, abgesehen von den

[72] ZR 26. 63.
[73] SJZ 43. 289.
[74] Riemer, a. a. O. S. 120.
[75] Riemer, a. a. O. S. 71.
[76] ZR 11. 185.
[77] Riemer, a. a. O. S. 87.
[78] ZBJ 43. 354; SJZ XVII 12.

Fällen des Art. 182 Z. 1.[79] Auch die Einrede der Zahlung, Stundung oder des Nachlasses kann erhoben werden, wenn deren Beweis den Erfordernissen der Z. 1 des Art. 182 nicht entspricht, d. h. wenn diese Tilgung nicht durch Urkunden bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden kann.[80] Es wäre eine nicht zu rechtfertigende Inkonsequenz, wenn ein Rechtsvorschlag, der sich nur auf bloß glaubhaft gemachte Behauptung des Betruges stützt, nach Z. 4 des Art. 182 bewilligt würde, die zwar nicht durch Urkunde bewiesene, aber ebenfalls glaubhaft gemachte Einrede der Stundung oder Zahlung dagegen überhaupt gar nicht gehört werden könnte. Die Bewilligung des Rechtsvorschlages auf Grund von Einreden aus Art. 182 Z. 4 ist jedoch nur möglich gegen gleichzeitige Hinterlegung des Forderungsbetrages.[81]

Es gehört hierher auch die Einrede der Kompensation.[82] (Auch Einrede des bloßen Inkassomandates, die doli exceptio, Einrede des Gefälligkeitsacceptes.) Alle diese Einreden können nicht jedem Wechselinhaber, sondern nur demjenigen gegenüber geltend gemacht werden, in dessen Person sie begründet sind. Daher kann auch die Einrede, daß es sich bei dem in Betreibung stehenden Wechsel um einen Gefälligkeitswechsel handelt, dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Anders natürlich, wenn dem betreibenden Gläubiger Arglist[83] nachgewiesen werden kann oder wenn der Uebergang der Forderung nicht auf wechselrechtlichem Wege stattgefunden hat (z. B. durch Zession).

Erscheinen die Einreden nicht genügend glaubhaft, aber doch möglich, so kann der Rechtsvorschlag nur im Sinne von Art. 183 Al. 2 verweigert werden.

Die Bewilligung des Rechtsvorschlages darf, abgesehen von der Beweiskraft, nur gegen «gleichzeitige» Hinterlegung der Forderungssumme in Geld[84] oder sofort realisierbaren Wertschriften mit bestimmtem Kurswert bestehen.[85] Wertschriften, zu deren Realisierung nur der Deponent berechtigt ist (gewisse Hypothekarartikel z. B.), eignen sich nicht zur Hinterlegung.[86] Sicherstellung genügt nicht.

Die Hinterlegung gilt als Zahlung auf Recht hin.[87] Sie bezweckt die Deckung des Gläubigers, falls er den von ihm gemäß Art. 184 Al. 2 innert der Frist angehobenen Prozeß ge-

[79] Blumenstein, a. a. O. S. 589.
[80] Riemer, a. a. O. S. 89/90.
[81] Jaeger, a. a. O. Art. 182 N 10.
[82] BG 25 II 60; SJZ II 64; XVIII 194.
[83] Riemer, a. a. O. S. 88.
[84] Riemer will nur Hinterlegung von Bargeld acceptieren, a. a. O. S. 100.
[85] Blumenstein, a. a. O. S. 589; ZBJ 49. 149; SJZ VI 321; ZR 4. 151.
[86] BG 30 I 117.
[87] SJZ II 102; Riemer, a. a. O. S. 99.

winnt.[88] Der hinterlegte Betrag fällt deshalb nicht in die Konkursmasse, wenn der Schuldner während der Pendenz des Prozesses durch einen andern Gläubiger in Konkurs getrieben wird, sondern dient im Falle des Obsiegens ausschließlich, bezw. in erster Linie zur Befriedigung des betreffenden Wechselgläubigers. Von der Hinterlegung kann auch dann nicht abgesehen werden, wenn die Einreden sich als wahr erweisen.[89] Dem Gläubiger ist zugleich mit der Bewilligung des Rechtsvorschlages nach Art. 187 Al. 2 eine Frist zur Klageerhebung anzusetzen. Hebt der Gläubiger den Prozeß nicht rechtzeitig an oder verliert er ihn, so wird die Hinterlage dem Schuldner zurückgegeben.

Die Hinterlegung hat beim Gericht zu erfolgen, das für die Bewilligung des Rechtsvorschlages kompetent ist, und niemals beim Betreibungsamt.[90] Mangels eigener Bestimmungen des SchKG und des Tarifs, ist für die Entgegennahme solcher Depositen keine einheitliche Gebühr vorgesehen, sondern deren Festsetzung dem kantonalen Recht überlassen. Gegen eine ungenügende Erfüllung der Pflicht zur Hinterlegung ist nicht Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde,[91] sondern lediglich Anrufung der dem Rechtsvorschlagsrichter übergeordneten Gerichtsstelle möglich. Dies aber auch nur da, wo im Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages selbst auch über die Annehmbarkeit der Hinterlage entschieden wird.

Wenn später der Rechtsvorschlag durch ein Urteil im ordentlichen Verfahren endgültig aufgehoben wird, so kann der Gläubiger ohne weiteres die hinterlegte Summe vom Depositar bis auf die Höhe der Forderungssumme (exklusive allfällige Prozeßkosten) herausverlangen. Gegen eine Weigerung ist Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bei den zuständigen kantonalen Instanzen, eventuell staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht einzureichen. Der Gläubiger kann nicht auf die Zivilklage gegen den Depositar oder auf die Betreibung auf Pfändung verwiesen werden.

Was den Zeitpunkt der Hinterlegung anbelangt, so haben sich hier in der Praxis zwei gegensätzliche Auffassungen entwickelt. Einerseits wird die Auffassung vertreten,[92] daß eine Deposition nicht vor oder zugleich mit der Bewilligung des

---

[88] Jaeger, Art. 182 N 12; ZBJ 49. 149; SJZ II 102; ZR 4 Nr. 151; Overbeck, a. a. O. S. 140.

[89] Früher anders: Zürich ZR 19. 20; 25. 186; später Wendung: Obergericht 1906 Nr. 283; vgl. Riemer a. a. O. S. 96/97.

[90] Jaeger, Art. 182 N 13; Blumenstein, a. a. O. S. 589 i. f.

[91] Wie das st. gallische Kantonsgericht irrtümlich angenommen hat: Entscheid von 1897 Nr. 44.

[92] Auch Waadt in SJZ XIX 119 und XX 342; SJZ XX 198 (St. Gallen); XIX 66 (Genf); XIII 283 (Waadt); Blumenstein, a. a. O. S, 589; ZR VIII 122 (Zürich); Jaeger, a. a. O. Art. 182; Riemer, a. a. O. S. 102.

Rechtsvorschlages verlangt zu werden braucht, sondern dem Schuldner eine kurze Frist zu deren Verwirklichung angesetzt werden dürfe. Thurgau, Genf und Solothurn unter der Führung von Bern [93] glauben die Hinterlegung gleichzeitig mit der Bewilligung des Rechstvorschlages, d. h. in der betreffenden Verhandlung selbst verlangen zu müssen.

Die bernischen Aufsichtsbehörden [94] gehen sogar noch weiter, indem sie nicht nur dann Hinterlegung verlangen, wenn im Rechtsvorschlag Einreden aus Z. 4 allein, sondern auch dann, wenn diese neben solchen aus Z. 1—3 geltend gemacht werden. Der Betriebene müsse damit rechnen, daß seine letzten Einreden abgewiesen werden und dann sei die Bewilligung von der Hinterlegung abhängig, da nur noch diejenigen aus Art. 182 Z. 4 in Diskussion stehen. Trotzdem diese Praxis in der Literatur nicht unangefochten blieb, ist sie von der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts [95] ausdrücklich gebilligt worden. Allerdings hat das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid lediglich auf Willkür hin überprüft, da vom Rekurrenten Rechtsverweigerung geltend gemacht wurde. Das Gericht hat trotzdem zu der bereits alten Kontroverse Stellung genommen. Es führt aus, daß dem Wortlaut der Z. 4 gemäß, insbesondere nach französischem Text, unzweifelhaft spätestens Hinterlegung Zug um Zug mit der Bewilligung [96] erfolgen müsse. Das Gericht soll den Rehtsvorschlag nicht bewilligen dürfen, ohne sich vorher von der vorgenommenen erforderlichen Hinterlegung überzeugt zu haben. [97] Hieraus kann sodann weiter gefolgert werden, daß der Schuldner verpflichtet ist, während oder vor der gerichtlichen Verhandlung über die Bewilligung des Rechtsvorschlages dem Gericht anzugeben, was er als Hinterlage zu übergeben beabsichtigt. Hierfür sind bestimmte Geldstücke, Banknoten oder sofort realisierbare Wertpapiere vorzuweisen. Damit steht dem Gericht das Recht zu, die Bewilligung des Rechtsvorschlages abzulehnen, wenn der Schuldner diesen Erfordernissen nicht oder nur in ungenügendem Maße entspricht. Ein solches Verfahren läßt sich mit dem strengen Recht der Wechselbetreibung rechtfertigen, das eher zu einer einschränkenden als ausdehnenden Auslegung der den Schuldner schützenden Vorschriften führt. [98]

---

[93] ZBJ 33. 481; 36. 481; 41. 447; 49. 149; 59. 430; SJZ 5. 349; auch Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 182 N 7.

[94] ZBJ 59. 430.

[95] Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 3. 2. 1922 i. S. Ira A. G. contra Dronth.

[96] SJZ V 349.

[97] Blumenstein, a. a. O. S. 589; Jaeger, Art. 182 N 13; Reichel, a. a. O. Art. 182 N 7; Archiv für Schuldbetreibung und Konkursrecht 13 N 49; ZBJ 38. 170.

[98] Von Blumenstein, a. a. O. S. 589 und Jaeger, a. a. O. Art. 182 N 3 als rigoros bezeichnet.

Es ist deshalb nicht unbedingt notwendig, eine Frist zur Hinterlegung anzusetzen oder die Bewilligung des Rechtsvorschlages an die suspensive Bedingung einer solchen nachträglichen Hinterlegung zu knüpfen, obschon ein solches Vorgehen des Gerichtes keine Rechtsverletzung begründen würde.

Das Bundesgericht führt aus, daß sich die hinterlegungspflichtige Partei nach der feststehenden Praxis eines Gerichts (hier z. B. des bernischen Appellationshofes) richten muß, sofern zum mindesten eine Bewilligung des Rechtsvorschlages nach Art. 182 Z. 4 erwirkt werden will.[99] Mit der Abweisung eines Teils der geltend gemachten Einreden muß stets gerechnet werden. Das Bundesgericht läßt das Verlangen der Hinterlegung auch vor dem Urteil zu. Das Gericht ist nicht verpflichtet, vor dem Entscheide den Parteien von seiner Auffassung Kenntnis zu geben und eine Frist zur Hinterlegung einzuräumen.[99]

Diese Auffassung wird durch den französischen Text besonders unterstützt, der sich an Stelle des Wortes «gleichzeitig», des Ausdrucks «au préalable» bedient. Zudem schließt sich dieser Interpretation der Art. 184 Abs. 2 an, welcher folgendermaßen lautet: «Ist der Rechtsvorschlag nur nach Hinterlegung des streitigen Betrages bewilligt worden . . .». Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Hinterlegung dem Entscheide vorausgehen lassen wollte.[100]

Trotzdem soll der Richter dem Schuldner zur Hinterlegung eine kurze Frist ansetzen dürfen und damit die Bewilligung suspensiv bedingen. Es kann sich jedoch nur um ganz kurze Fristen (höchstens 1 Tag) handeln. Dadurch wird die Vollstrekkung nicht wesentlich verzögert.[101] Die Bewilligung des Rechtsvorschlages fällt ohne weiteres dahin, wenn die Hinterlegung nicht innert dieser Frist geschieht.[102] Jedoch darf zweitinstanzlich keine Frist mehr bewilligt werden, wenn der erstinstanzliche Richter dem Wechselschuldner bereits erfolglos eine solche angesetzt hat.[103] Auf das Anerbieten einer Hinterlegung ist in diesem Stadium nicht mehr einzutreten. (Auch dann nicht, wenn der Wechselschuldner in der erstinstanzlichen Verhandlung unentschuldigt weggeblieben und eine Hinterlegung nicht erfolgt ist.)[104]

---

[99] ZBJ 59. 430.

[100] ZBJ 36. 481; 41. 447.

[101] SJZ XIII 283; XIX 119 und 66; XX 198 und 342; Waadt will bis auf 3 Tage gehen.

[102] SJZ XVII 12.

[103] ZR 8. 122; 13. 40; SJZ IV 355; XVII 12; Ausnahmen: vgl. Riemer, a. a. O. S. 102/3.

[104] SJZ VII 346.

VIII. Wirkung

Die Wirkungen des gerichtlichen Entscheides im Rechtsvorschlagsverfahren machen sich nach verschiedenen Richtungen hin geltend.

A. Bei Bewilligung des Rechtsvorschlages

Die Bewilligung erfolgt entweder ohne (Art. 182 Z. 1—3) oder gegen Hinterlegung des streitigen Betrages (Art. 182 Z. 4).

1. Ohne Hinterlegung.

Art. 186: «Ist der Rechtsvorschlag bewilligt, so wird die Betreibung eingestellt; der Gläubiger hat zur Geltendmachung seines Anspruches den ordentlichen Prozeßweg zu betreten.»

Mit der Bewilligung durch das Gericht wird die Betreibung ohne weiteres, d. h. ohne daß es einer besondern Verfügung des Gerichts oder des Betreibungsamtes bedarf, eingestellt. Faktisch ist die Betreibung schon dadurch eingestellt, daß das Betreibungsamt dem Richter den Rechtsvorschlag übermittelt. Die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens ist nur durch das Konkursbegehren möglich. Dieses kann einzig gestellt werden unter Vorlage des Gerichtsurteils, welches den Rechtsvorschlag ablehnt oder die Klage des Gläubigers im Wechselprozeß zuspricht. [105]

Hier zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen der Wirkung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung und bei den übrigen Betreibungsarten. Während in der Regel die bloße Erklärung des Schuldners die Wirkung der Einstellung des Vollstreckungsverfahrens besitzt, bedarf es bei der Wechselbetreibung dazu eines gerichtlichen Urteils, die Bewilligung des Rechtsvorschlages. [106]

Will der Gläubiger den Rechtsvorschlag beseitigen, um die Betreibung fortsetzen zu können, so hat er den ordentlichen Prozeßweg zu betreten. [107] Sofern ein wechselmäßiger Anspruch vorliegt, kann auf dem Wege der Wechselklage nach den Bestimmungen des kantonalen Prozeßrechtes vorgegangen werden. Auf ein obsiegendes Urteil hin kann der Betreibende Fortsetzung der Betreibung verlangen, d. h. das Konkursbegehren stellen. Unter dem ordentlichen Verfahren ist dasjenige verstanden, das nach kantonaler Gesetzgebung für den eingeklagten Anspruch das zutreffende ist.

2. Mit Hinterlegung.

Art. 184 Al. 2: «Ist der Rechtsvorschlag nur nach Hinterlegung des streitigen Betrages bewilligt worden, so wird der

[105] Jaeger, Art. 184 N 2; Heuberger, Art. 186 N 1.
[106] Riemer, a. a. O. A. 119.
[107] Blumenstein, a. a. O. S. 590; Heuberger, Art. 186 N 2; Overbeck, a. a. O. S. 140; Riemer, a. a. O. S. 119.

Gläubiger aufgefordert, binnen 10 Tagen die Klage auf Zahlung anzuheben. Kommt der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nach, so wird die Hinterlage zurückgegeben.»

Die Bewilligung des Rechtsvorschlages wird nur gegen Hinterlegung des streitigen Betrages gewährt, wenn Einreden aus Art. 182 Z. 4[108] geltend gemacht werden. Der Gläubiger soll vor Trölerei des Betriebenen geschützt werden, wenn trotz des Wechsels das zwischen den Parteien bestehende Grundverhältnis angerufen wird.[109]

Diese Wirkung bedarf nicht etwa einer besonderen Verfügung, sondern liegt im Entscheid über die Bewilligung des Rechtsvorschlages selbst. Der Gläubiger wird nur dann auf den ordentlichen Prozeß verwiesen, wenn die Hinterlegung auch wirklich erfolgt ist, und zwar in der hiefür angesetzten Frist. Die Frist zur Klageerhebung kann für den Gläubiger erst zu laufen beginnen, nachdem die dem Schuldner für die Hinterlegung gesetzte Frist[110] abgelaufen ist.[111] Da es sich bei dieser Fristansetzung um eine eidg. Vorschrift handelt, sind die kantonalen Bestimmungen betreffend Gerichtsferien nicht anwendbar. Diese Fristen werden durch die Betreibungsferien nicht berührt (Art. 56 Z. 3). Einzig Rechtsstillstand und Nachlaßstundung üben, wenn das Ende der Frist in ihre Dauer fällt, eine hemmende Wirkung aus.

Die hier für den Gläubiger vorgesehene Klage ist die nämliche zivilrechtliche Forderungsklage, wie sie der Gläubiger zur Realisierung seines Anspruches auch dann anzustrengen hat, wenn der Rechtsvorschlag schlechtweg bewilligt wird (Art. 186). Der einzige Vorteil für den Gläubiger besteht darin, daß seine Forderung, wenn die Klage innert der nützlichen Frist (10 Tage; Art. 184 Al. 2) eingereicht wird, durch die Hinterlage des Schuldners sichergestellt ist. Im Falle eines Prozeßgewinnes[112] ist die Wechselforderung durch den hinterlegten Betrag gedeckt, ohne daß der Gläubiger die Betreibung weiterzuführen braucht.[113] Der Entscheid hat denn auch die Hinweisung auf die Frist und die Klage ausdrücklich zu enthalten. Kommt der Gläubiger der Aufforderung zur Klageerhebung innert der Frist nicht nach, so wird das Depositum dem Betrie-

[108] Nach Auffassung der bernischen Aufsichtsbehörde auch dann, wenn neben andern Einreden auch solche aus Art. 182 Z. 4 geltend gemacht werden; ZBJ 59. 430.

[109] Riemer, a. a. O. S. 120.

[110] Anders Bern, wo keine Frist zulässig; ZBJ 33. 481; 36. 481; 41. 447; 49. 149; 59. 430; SJZ XIII 14.

[111] Jaeger, a. a. O. Art. 184 N 4.

[112] Nur wenn die wechselmäßigen Ansprüche des Betreibenden zugesprochen werden; die Anerkennung eines zivilrechtlichen Anspruchs durch das Gericht genügt nicht. Vgl. Riemer, a. a. O. S. 122.

[113] Blumenstein, a. a. O. S. 590/91.

benen zurückgegeben.[114] Die Rückgabe wird durch das Gericht von Amtes wegen verfügt, ohne daß es dazu eines Antrages des Betriebenen bedarf. Dem Gläubiger bleibt noch die Forderungsklage aus Art. 168.

Als Klageerhebung ist die erste Handlung des Klägers zu verstehen, die den Prozeß einleitet, dem richterlichen Rechtsschutz ruft und ihn in gültiger Weise vorbereitet. Es genügt bereits die Anrufung des Friedensrichters, wie sie einige kantonale Prozeßrechte im vorgängigen Sühneverfahren verlangen.[115] Dem Gläubiger wäre es oft unmöglich, innert der Frist von 10 Tagen bis zur eigentlichen, nach kantonalem Recht gültigen Klageerhebung zu gelangen.[116]

Das Gericht, das über den Rechtsvorschlag und die Depositionspflicht zu entscheiden hat, prüft zugleich auch die Frage, ob die Klagefrist eingehalten worden sei oder ob die Hinterlage wegen Fristversäumnis zurückerstattet werden muß. Gegen seine Verfügung können nicht die Aufsichtsbehörden, sondern lediglich die zuständigen kantonalen Gerichtsorgane angerufen werden.[117]

B. Die Verweigerung

Art. 183: «Verweigert das Gericht die Bewilligung des Rechtsvorschlages, so kann es vorsorgliche Maßnahmen treffen, insbesondere die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäß Art. 162—165 anordnen.

Das Gericht kann nötigenfalls auch dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung auferlegen.»

Die Verweigerung der Bewilligung des Rechtsvorschlages aus materiellen Gründen oder mangels Hinterlegung hat nicht die Bedeutung einer rechtskräftigen Feststellung der Wechselforderung.[118] Gestützt darauf kann im ordentlichen Betreibungsverfahren nicht Rechtsöffnung verlangt werden. Weder die Verweigerung noch der Rückzug des Rechtsvorschlages haben über das pendente Betreibungsverfahren hinausreichende Wirkung.

Der Schuldner kann durch Zahlung der Wechselsumme bis zur Verhandlung über das Konkursbegehren die Fortsetzung der Betreibung gültig hindern.[119]

Die Verweigerung bewirkt, daß der Gläubiger unter Vorlage des betreffenden Urteils sogleich das Konkursbegehren

[114] SJZ II 138; Overbeck, a. a. O. S. 141; Jaeger, Art. 184 N 5; Riemer, a. a. O. S. 121.

[115] Z. B. Bern, Aussöhnungsversuch, bezw. Ladung zum Aussöhnungsversuch, ZPO Art. 144 ff.

[116] Für die Widerspruchsklage anders Blumenstein, a. a. O. S. 395.

[117] Jaeger, Art. 184 N 7.

[118] Jaeger, Art. 183 N 1.

[119] Jaeger, Art. 183 N 1.

stellen kann. Gegen die Verweigerung des Rechtsvorschlages kann innerhalb 5 Tagen nach dessen Mitteilung bei der obern kantonalen Gerichtsinstanz Berufung eingelegt werden (Artikel 185). Es ist nicht richtig, wenn Weber und Brüstlein [120] eine solche Berufungsmöglichkeit verneinen, indem sie glauben, die Berufung sei nur gegen den Entscheid, der die Bewilligung erteilt, zulässig. Nach Art. 185 können beide Parteien Berufung gegen den Rechtsvorschlagsentscheid einlegen, wenn sie sich mit dem Entscheid im Bewilligungsverfahren (nicht nur bei Bewilligung, sondern auch bei Verweigerung des Rechtsvorschlages) nicht einverstanden erklären können. [121]

Zudem kann das Gericht in Verbindung mit dem Entscheid über die Verweigerung des Rechtsvorschlages von sich aus oder auf Antrag des Gläubigers auch erst nachher in besonderem Verfahren vorsorgliche Maßnahmen treffen. Bedingung ist aber die vorgängige Vorschußleistung der Kosten (Art. 68). Das Gericht wird nur dann ohne besonderes Verlangen des Gläubigers vorsorgliche Maßnahmen verfügen, wenn offensichtlich Gefahr besteht, daß der Gläubiger andernfalls zu Schaden kommen würde. [122]

Zu den vorsorglichen Verfügungen gehört vor allem die Aufnahme des Güterverzeichnisses (Art. 162—165). Das Güterverzeichnis hat jedoch nicht die Wirkung einer Pfändung oder eines Arrestes. Sein Wert liegt lediglich in der damit verbundenen Strafandrohung und indirekt in der durch das Verzeichnis gebotenen Möglichkeit einer bessern Kontrolle allfälliger anfechtbarer Handlungen des Schuldners. Die im Verzeichnis aufgenommenen Gegenstände unterstehen keiner Beschränkung hinsichtlich Pfändbarkeit durch andere Gläubiger. Das Verbot der Veräußerung der im Güterverzeichnis aufgenommenen Gegenstände bezieht sich lediglich auf die im Zeitpunkt der Aufnahme vorhandenen, nicht aber auf später erworbene Gegenstände.

Da die vorsorglichen Maßnahmen die Verunmöglichung der Beseitigung von Vermögensgegenständen bezwecken, [123] sind als solche auch anwendbar Versiegelung der Lokalitäten, Verbot von Zahlungen an den Schuldner, Schließung von Läden und Magazinen, Verwaltung von Objekten, Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch für die Liegenschaft nach ZGB. 960 Z. 1. Eine Sistierung von pendenten Betreibungen gegen den Schuldner kommt nicht in Frage, [124] da es sich hier nur um Maßnahmen handelt, welche eine Beeinträchti-

[120] A. a. O. Art. 183 N 2.
[121] Vgl. auch das gleiche Mißverständnis bei Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 183 N 4.
[122] Riemer, a. a. O. S. 113.
[123] Jaeger, Art. 170 N 4.
[124] Anders ZBJ 40 I 705, falsch.

gung der Rechte des betreibenden Gläubigers durch den Schuldner selbst verhindern sollen. Art. 199 garantiert die Fortführung pendenter Betreibungen bis zur Konkurseröffnung. Eine Verhaftung des Schuldners kann lediglich unter strafrechtlichen Gesichtspunkten und auf Beschluß von Strafbehörden hin angeordnet werden. Die vorsorglichen Maßnahmen gehen in ihren Auswirkungen alle so weit, daß das Gericht in den meisten Fällen den Antrag des Gläubigers abwarten sollte.

Die angeordneten vorsorglichen Maßnahmen können jederzeit, d. h. unter Umständen auch in Betreibungsferien, Rechtsstillstand, an Sonn- und Feiertagen und außer den Geschäftsstunden vorgenommen werden. Mit der Durchführung dieser Maßnahmen kann das Gericht mangels anderen Hilfspersonals das Betreibungsamt beauftragen.

Die separate Weiterziehung dieser Verfügung ist nur möglich, wenn das kantonale Recht eine solche Möglichkeit vorsieht.

Wird die Bewilligung des Rechtsvorschlages verweigert, erachtet aber der Richter die vorgebrachten Tatsachen, ohne daß sie ihm völlig glaubhaft scheinen, doch als möglich, so kann er dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung auferlegen, sofern dieser nicht sonst genügende Sicherheit bietet (z. B. wenn er im Ausland wohnt; wenn die Verweigerung nur wegen mangelnder Hinterlegung erfolgte). Auch hier ist ein Parteiantrag nicht notwendig.

Diese Sicherheitsleistung soll allfällige Schadenersatzansprüche des Schuldners dem Gläubiger gegenüber sicherstellen. Ohne ihre Erfüllung ist der Gläubiger zur Stellung des Konkursbegehrens nicht berechtigt. Deshalb muß die Sicherstellung innert der Frist von Art. 188 Al. 2 erbracht werden, da sonst die Fortsetzung der Betreibung nicht mehr verlangt werden kann. [125]

Das Gericht bestimmt den Betrag, nicht aber die Art der Sicherstellung. Ueber Erfüllung dieser Pflicht erkennt das Konkursgericht bei Anlaß der Stellung des Konkursbegehrens. (Auch Personalkaution ist zulässig, da nicht Deposition an bestimmtem Orte verlangt ist.) Die Kautionsleistung begründet bei Realkaution ein Pfandrecht des Schuldners kraft Gesetzes und somit im Konkurs des Gläubigers ein Recht auf Befriedigung im Sinne von Art. 219 Al. 1. Die Realisierung der Ansprüche des Schuldners ist deshalb auch durch Betreibung auf Pfandverwertung möglich. [125]

Die Zulässigkeit der Weiterziehung dieser Verfügung ist vom kantonalen Prozeßrecht abhängig.

---

[125] Jaeger, Art. 183 N 5.

§ 12. Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens auf Grund eines Verlustscheins

Art. 265 Al. 2 und 3: «Der Verlustschein hat die in Art. 149 bezeichneten Rechtswirkungen. Jedoch kann auf Grund desselben eine neue Betreibung nur dann angehoben werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist.

Bestreitet der Gemeinschuldner, daß er zu neuem Vermögen gekommen sei, so entscheidet das Gericht darüber im beschleunigten Verfahren.»

Im Rahmen dieser Dissertation diese Bestimmung im allgemeinen zu betrachten, würde zu weit führen und soll deshalb lediglich ihre Wirkung auf und im Rechtsvorschlag gekennzeichnet werden auf Grund der letzten bundesgerichtlichen Praxis, die der früheren Auffassung diametral gegenübersteht.[1]

Ein Rechtsvorschlag wegen mangelnden neuen Vermögens richtet sich gegen eine Betreibung, die auf Grund eines Konkursverlustscheines oder einer Forderung, die im Konkurs nicht eingegeben wurde,[2] angehoben worden ist. Der Betreibungs- resp. Aufsichtsbehörde kommt die Prüfung der formellen Gültigkeit des Rechtsvorschlages, im Gegensatz zur Prüfung der materiellen Begründetheit, zu. Deshalb haben die Betreibungsbehörden darüber zu entscheiden, ob die nötige Voraussetzung, nämlich ein Verlustschein oder eine diesem gleichgestellte Forderungsurkunde vorhanden ist.[3] Ob materiell die Einrede begründet erscheint, d. h. ob wirklich kein neues Vermögen vorhanden ist,[4] darüber entscheidet das Gericht in beschleunigtem Verfahren (Art. 265 Al. 3).

Die Einrede mangelnden neuen Vermögens ist jedoch nur zulässig gegen eine Betreibung auf Grund eines schweizerischen, nicht aber eines ausländischen Verlustscheines oder einer ausländischen gleichlautenden Urkunde.[5] (Der Rechtsvorschlag kann nur dann gutgeheißen werden.) Die dem Gemeinschuldner gewährte Einrede des mangelnden neuen Vermögens steht nach dem System des Gesetzes in engstem Zusammenhange mit der Vorschrift über die Durchführung des Konkurses und namentlich mit den dem Gläubiger hinsichtlich der Admassierung und der Verwertung eingeräumten Garantien (vgl. Art. 197, 232 Al. 2, Z. 3 und 4 und Art. 269). Die Rechtswohltat des

---

[1] Alte Praxis: BG 40 III 51 und 88; neue Praxis: BG 45 III 42; im übrigen vgl. Blumenstein, a. a. O. S. 815 ff.; Jaeger, a. a. O. Art. 265 N 1—11.

[2] BG 40 III 88; ZR 25. 196.

[3] BG 36 I 60.

[4] Weber und Brüstlein, a. a. O. Art. 265.

[5] SchK'Kammer, Entscheid vom 18. 7. 1910.

Art. 265 Al. 2 hat demnach notwendigerweise zur Voraussetzung, daß eine Generalexekution über das Vermögen des Kridaren in der Schweiz vorausgegangen ist.

Allerdings bietet ein solches Verfahren keinerlei Garantie dafür, daß alle Vermögensgegenstände des Schuldners, auch solche, die im Ausland liegen, in die Liquidation einbezogen werden. Allein aus der Tatsache, daß es nicht möglich ist, den Geltungsbereich des schweizerischen Konkursdekretes und -Verfahrens über die Landesgrenze hinaus auszudehnen, folgt keineswegs, daß das schweizerische Recht auch jede Generalexekution im Auslande als der inländischen in allen Beziehungen gleichwertig anerkennen muß und hat anerkennen wollen. Vielmehr ist mit diesem Rechtszustand nur die unbeschränkte Möglichkeit der Belangung des Schuldners im andern Staate vereinbar; denn wenn, wie es für das schweizerische Recht der Fall ist, das ausländische Konkursdekret als solches nicht anerkannt wird und keine betreibungsrechtlichen Wirkungen im Inland hat, so kann selbstverständlich um so weniger das ausländische Konkursverfahren selbst, abgesehen von den rein materiellrechtlichen Veränderungen, welche die Forderung in demselben erfährt, solche Wirkungen über die Landesgrenze hinaus ausüben. So ist es selbstverständlich, daß auch die Vorschrift des Art. 206 über die Unmöglichkeit der Anhebung einer Betreibung während des Konkursverfahrens ein schweizerisches Konkursverfahren zur Voraussetzung hat. Einem ausländischen Verfahren kann diese Wirkung nicht zukommen. Faßt man die Vorschrift des Art. 265 Al. 2 nicht als materiellrechtliche, sondern als reine Verfahrensvorschrift auf, so ergibt sich, daß sie nicht als eine allgemeine, vom schweizerischen Konkursverfahren losgelöste Vorschrift angesehen werden darf, sondern daß sie nur auf den Fall des vorausgegangenen schweizerischen Konkursverfaherns paßt. Andernfalls müßte ein Schuldner, der im Ausland in Konkurs geraten ist, den Gläubigern, die ihn später in der Schweiz belangen, alle auch im Inland gelegenen Objekte vorenthalten können. Die Tatsache, daß der betreibende Gläubiger Ausländer ist, soll jedoch die Durchführung des Betreibungsverfahrens in der Schweiz in keiner Weise hindern. Hieraus ergibt sich, daß die Einrede des mangelnden neuen Vermögens vom Gemeinschuldner nur gegenüber der Betreibung für eine Forderung erhoben werden kann, die in einem in der Schweiz durchgeführten Konkurs zu Verlust gekommen und für welche dem Gläubiger ein schweizerischer Verlustschein ausgestellt worden ist. Dasselbe gilt für die einem solchen Verlustschein gleichgestellten Urkunden.[6]

[6] BG im Entscheid vom 18. Juli 1900; Apellkammer des Zürcherischen Obergerichts vom 30. 12. 1909; Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes S. 460 ff.; Jaeger, a. a. O. Art. 149 N 3 und 265 N 8; anders Meili, Internat. Konkursrecht, S. 205; Leemann, Der Schweizerische Verlustschein, S. 254.

Der Streit darüber, ob ein Schuldner im Sinne des Art. 265 zu neuem Vermögen gekommen sei, ist ein Inzident des Betreibungsverfahrens. Der Schuldner, der die Einrede des Art. 265 erheben will, hat Rechtsvorschlag zu erheben. Alsdann ist es Sache des Gläubigers, im beschleunigten Verfahren (Art. 265 Abs. 3) nachzuweisen, daß der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. [7]

Bedeutet der Rechtsvorschlag die Bestreitung der Vollstreckbarkeit der Forderung, [8] so stellt er anderseits seinem Inhalte nach zugleich eine Bestreitung der in Betreibung liegenden Forderung selber dar und verweist den Gläubiger auf den ordentlichen Prozeßweg (Art. 79).

Die durch diese doppelte Funktion des unmotivierten Rechtsvorschlages bewirkte Konkurrenz zweier verschiedenen Verfahrensarten bringt für den Gläubiger die Gefahr unnötiger Prozeßführung mit sich. Das Bundesgericht [9] hat daher in einschränkender Auslegung der Bestimmung des Art. 75 entschieden, daß der Schuldner den Rechtsvorschlag mit der ausdrücklichen Begründung des Mangels neuen Vermögens versehen und damit zu erkennen geben «könne», daß er auf eine Bestreitung der Forderung selbst verzichte. Den naheliegenden Grundsatz aber, daß der Schuldner die Einrede aus Art. 265 in der Form eines in diesem Sinne substanzierten Rechtsvorschlages erheben und damit den Gläubiger von vornherein auf das beschleunigte Verfahren verweisen «müsse», wenn nicht auf die Rechstwohltat des Art. 265 verzichtet werden wolle, hatte die bisherige Praxis noch nicht angenommen. [10] Vielmehr war die Erhebung der Einrede des mangelnden neuen Vermögens noch im Rechtsöffnungsverfahren und namentlich noch im Aberkennungsprozeß zulässig. [11] Dabei wurde indessen keineswegs verkannt, daß die Einrede weder im Rechtsöffnungsverfahren noch im Aberkennungsstreite erledigt werden könne. Es wird aber daraus nur die Konsequenz gezogen, daß entweder der Aberkennungsprozeß bis zur Beendigung des logischerweise vorausgehenden beschleunigten Einredeverfahrens zu sistieren oder die Aberkennungsklage zur Zeit gutzuheißen sei.

Diese Praxis läßt sich bei erneuter Prüfung der Frage nicht aufrecht erhalten. [12] Nach Art. 75, auf den sie sich im wesentlichen stützt, braucht allerdings der Rechtsvorschlag nicht motiviert zu werden. Allein diese Bestimmung bezweckt den Schutz des Betriebenen nur in dem Sinne, daß dieser durch

[7] BG 45 III 42.
[8] BG 25 I 74.
[9] BG 34 I 32; 35 I S. 805.
[10] ZBJ 42. 395.
[11] BG 40 III S. 284 und S. 467.
[12] BG 45 III 42.

irgendeine, vielleicht einseitige, summarische und oft unüberlegte Begründung des Rechtsvorschlages nicht schon für den nachfolgenden ordentlichen Prozeß (Art. 79) auf einen bestimmten Rechtsstandpunkt festgelegt werden und von vornherein aller übrigen Einwendungen verlustig gehen soll, soweit sie wenigstens in diesem Verfahren geltend gemacht werden können. Dagegen wollte man keineswegs einer trölerischen Verzögerung der Exekution auf Kosten des Gläubigers Vorschub leisten. Eine solche Verzögerung müßte jedoch nach der Auslegung des Art. 75 durch die bisherige Praxis stets befürchtet werden. Denn wenn der Gläubiger einem Rechtsvorschlag gegenübersteht, der sich darüber nicht ausspricht, ob die Forderung selbst, oder nur das Vorhandensein neuen Vermögens bestritten werden will, so weiß er nicht, ob er das ordentliche oder das beschleunigte Verfahren einzuleiten hat. Sehr oft wird auch ein anderer Richter zur Beurteilung der Einrede aus Art. 265 Al. 2 zuständig sein, als zur Beurteilung des Bestandes der Forderung als solcher.

Einem Gläubiger darf aber nicht zugemutet werden, einen kostspieligen Prozeß im ordentlichen Verfahren durchzuführen, wenn nicht sicher ist, daß die Forderung dann auch exequiert werden kann. Der Betriebene wird daher immer ein Interesse daran haben, zunächst feststellen zu lassen, ob neues Vermögen vorhanden ist oder nicht, bevor er den Prozeß in der Sache selbst anhebt.[13] Die Einleitung der Betreibung bedeutet nun zweifellos dem Schuldner gegenüber die Behauptung, daß neues Vermögen vorhanden sei. Der Schuldner muß daher, wenn anders der Gläubiger nicht in seinem Rechte in unstatthafter Weise beeinträchtigt werden soll, verpflichtet sein, auf diese Behauptung sich zu äußern. Da der bloße Rechtsvorschlag aber unentschieden läßt, warum der Schuldner Recht vorschlägt, so bleibt nichts anderes übrig, als vom Schuldner eine ausdrückliche Bestreitung des Vorhandenseins neuen Vermögens zu verlangen und sein Stillschweigen darüber als einen Verzicht auf die Einrede des Art. 265 auszulegen.

Ein gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB.) verstoßendes Vorgehen hat vom SchKG. nicht sanktioniert werden wollen; das beweist deutlich die Regelung eines analogen Falles in Art. 74 Al. 2. Der Schuldner, der die Forderung nur teilweise zu bestreiten beabsichtigt, hat den bestrittenen Betrag genau anzugeben, also den Rechtsvorschlag zum Teil zu substanzieren. Handelt es sich dabei bloß um das Maß der streitigen Forderung, das für den nachfolgenden Prozeß von vornherein festgestellt werden soll, so rechtfertigt es sich umsomehr, dieses Prinzip dann, wenn von der Bedeutung des Rechtsvorschlages die Wahl des Streitverfahrens abhängt,

[13] BG 35 I 28.

in dem Sinne zur Anwendung zu bringen, daß ein Verzicht auf die Einrede aus Art. 265 angenommen wird, sobald der Betriebene diese Einrede nicht in der Form eines motivierten Rechtsvorschlages geltend macht. Das bedeutet keine unzulässige Erschwerung der Stellung des Schuldners, denn Art. 265 Al. 2 macht ihm zur Pflicht, das Vorhandensein neuen Vermögens ausdrücklich zu «bestreiten». Diese Bestreitung muß, wenn daraus die Unzulässigkeit der Betreibung abgeleitet werden will, im Vorbereitungsstadium angebracht werden, d. h. in der auf dem Zahlungsbefehl abzugebenden Erklärung. Da der Rechtsvorschlag ohne Begründung den Gläubiger aber nicht darüber aufklärt, ob eine Einrede gemäß Art. 265 geltend gemacht wird, ist die Bestreitung neuen Vermögens ausdrücklich abzugeben.[14]

§ 13. Der Rechtsvorschlag in der Arrestbetreibung und in der Betreibung für Miet- und Pachtzins

I. Der Rechtsvorschlag in der Arrestbetreibung

Art. 278 Al. 1 und 2: «Hatte der Gläubiger nicht schon vor der Bewilligung des Arrestes Betreibung oder Klage angehoben, so ist er gehalten, binnen 10 Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreibung anzuheben.

Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so ist der Gläubiger gehalten, binnen 10 Tagen seit dessen Mitteilung Rechtsöffnung zu verlangen oder die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechtes anzustellen. Wird der Kläger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so hat er binnen 10 Tagen nach Mitteilung des Urteils die Klage einzuleiten.»

Der Rechtsvorschlag in der Betreibung, die nach Arrestnahme (Art. 278 Al. 1) zur Prosequierung des Arrestes angehoben wurde, entspricht im allgemeinen dem in der ordentlichen Betreibung gültigen Rechtsvorschlag.[1] Er unterscheidet sich von diesem lediglich in seiner Wirkung.

Bewirkt der Rechtsvorschlag in der ordentlichen Betreibung nur die Einstellung der Betreibung, so tritt hier noch eine besondere Fristansetzung an den Gläubiger hinzu. Dieser hat binnen 10 Tagen seit dem Zeitpunkt der Mitteilung des Rechtsvorschlages dessen Beseitigung an Hand zu nehmen, sei es auf dem Wege der Rechtsöffnung oder des ordentlichen Verfahrens durch Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechtes. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, so fällt der Arrest dahin. Ob der Rechtsvorschlag die materielle Schuldpflicht bestreitet oder nur die Einrede des mangelnden neuen

[14] BG 41 III 63; SJZ XIV 9; anders SJZ II 530; VII 65; ZR 4. 153; BG 45 III 42.

[1] Vgl. I. Abschnitt.

Vermögens nach Art. 265 erhebt, macht für die Pflicht des Gläubigers, innerhalb der 10 tägigen Frist die Schritte für seine Beseitigung anzustellen, keinen Unterschied.[2] Es darf dem Gläubiger eben unter keinen Umständen die Möglichkeit gelassen werden, den Arrest unbeschränkt in die Länge zu ziehen.[3] [4]

II. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung für Miet- und Pachtzins[5]

Art. 282: «Bei der Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen ist auf Verlangen des Gläubigers in den Zahlungsbefehl die in den Art. 265 und 293 OR erwähnte Androhung aufzunehmen und derselben beizufügen, daß nach Ablauf der gesetzlichen Frist der Gläubiger von der zuständigen Behörde die sofortige Ausweisung des Mieters oder Pächters verlangen könne.

In denjenigen Fällen, in welchen Art. 265 OR dem Vermieter für die Auflösung des Mietvertrages die Ansetzung einer Frist von 6 Tagen gestattet, ist die Frist zur Anbringung des Rechtsvorschlages auf 3 Tage herabzusetzen.»

Die ordentliche Rechtsvorschlagsfrist wird hier unter besondern Voraussetzungen, nämlich dann, wenn der Mietvertrag auf weniger als ein halbes Jahr geht, auf 3 Tage verkürzt. Diese Verkürzung der Rechtsvorschlagsfrist ist notwendig, da nach 6 tägiger, unbenützt abgelaufener Frist der Mietvertrag als aufgelöst betrachtet wird (Art. 265 OR) und eine sofortige Ausweisung des betriebenen Mieters erfolgen kann.[6]

Es steht dem Gläubiger frei, den Schuldner lediglich für die rückständigen Mietzinse zu betreiben und ihm durch bloße private Anzeige die Androhung des Art. 265 OR zukommen zu lassen, die Lösung des Art. 282 oder ein Mittel des kantonalen Rechts zu wählen.[7]

Bedient sich der Gläubiger des im SchKG vorgesehenen speziellen Verfahrens, so kann der Schuldner durch Erhebung des Rechtsvorschlages sowohl die Zahlungspflicht als auch das Recht des Gläubigers zur Ausweisung bestreiten und damit letztere solange verhindern, als nicht die zuständige Stelle den Einspruch als unbegründet erklärt und aufgehoben hat. Wird der Rechtsvorschlag deshalb nicht weiter begründet, wozu nach Art. 75 und seiner Auslegung durch die Praxis[8] eine Ver-

[2] Jaeger, a. a. O. Art. 278 N 7; anders BG 34 I 32.
[3] BG 41 III 63.
[4] Jaeger, a. a. O. Art. 278 N 11.
[5] Betr. Verkürzung der Rechtsvorschlagsfrist auf 3 Tage vgl. § 4 V.
[6] Vgl. § 4 V.
[7] Jaeger, Art. 282 N 6.
[8] Vgl. § 5 I.

pflichtung nicht besteht, so hat er ebensowohl gegen den Zahlungsbefehl als gegen die Ausweisungsmöglichkeit gerichtet zu gelten. Streng genommen könnte in diesem Fall eine Ausweisung erst dann stattfinden, wenn sowohl die Forderung ganz oder teilweise anerkannt oder gerichtlich geschützt, als auch der Einspruch gegen die Androhung der Vertragslösung aufgehoben ist. Doch darf die Ausweisung nicht auf diese Weise vom Schuldner verunmöglicht werden. Es hat daher die für die Ausweisung zuständige Stelle, welche vom kantonalen Recht bezeichnet wird, gleichzeitig summarisch auch über die erhobenen Einwendungen gegen die Schuldpflicht zu erkennen.[9] Dieser Entscheid kann jedoch für das Rechtöffnungs- oder ordentliche Verfahren keineswegs präjudizierend sein, sondern lediglich die Wirkung des Art. 282 aufrecht erhalten. Wird die Schuldpflicht für begründet erachtet, so kann der Schuldner nur durch Deposition des Betrages die Ausweisung verhindern.

Diese Lösung ist praktisch. Sie bedingt aber eine Ordnung des Ausweisungsverfahrens, welche dem Schuldner auch die Möglichkeit gibt, in wirksamer Weise vor der Ausweisungsinstanz zu Worte zu kommen. Hiefür ist in den meisten kantonalen Einführungsgesetzen nicht genügend gesorgt worden.[10] Teilweise herrscht noch der Glaube vor, es handle sich hier nicht um richterliche Funktionen und es sei die Ausweisung auf das einseitige Verlangen des Gläubigers vorzunehmen.[11]

Daher kann eine Ausweisung als Folge einer solchen Betreibung nur in Betracht kommen, wenn dem zur Ausweisung zuständigen Beamten das Zahlungsbefehlsdoppel vorgelegt wird mit der Bescheinigung des Betreibungsamtes, daß nicht Rechtsvorschlag erklärt oder daß er aufgehoben worden sei. Gegen dessen Verfügung sind nur die vom zuständigen kantonalen Prozeßrecht vorgesehenen Rechtsmittel zulässig, eine Anrufung der Aufsichtsbehörden oder des Bundesgerichts ist nicht möglich.[12]

§ 14. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung auf Pfandverwertung

I. Im Allgemeinen

Für den Rechtsvorschlag in der Pfandverwertungsbetreibung sind die allgemeinen Bestimmungen über den Rechtsvorschlag maßgebend (Art. 153 Al. 3, Art. 71—86). Danach ist ein Rechtsvorschlag nicht zu begründen (Art. 75), soweit es sich

[9] BG 31 I 41.
[10] Bern E. G. § 32 Z. 2, Gerichtspräsident.
[11] Jaeger, a. a. O. Art. 286 N 6.
[12] Jaeger, a. a. O. Art. 282 N 6.

nicht um einen teilweisen oder um einen solchen Rechtsvorschlag handelt, in dem das Vorhandensein neuen Vermögens bestritten wird.[1] Soll die Zulässigkeit der Betreibung auf Pfandverwertung angefochten, d. h. das Pfandrecht, auf das sich die Betreibung stützt, als ganz oder teilweise nicht vorhanden bezeichnet werden, so ist ebenfalls Rechtsvorschlag zu erheben.[2] Es handelt sich hier um die Abklärung materiellrechtlicher Verhältnisse (privatrechtliche Pfandbegründung) und darüber zu urteilen steht allein dem Richter zu.[3]

Ein unbegründeter Rechtsvorschlag in der Betreibung auf Grundpfandverwertung bezieht sich lediglich auf die Bestreitung der Forderung selbst, nicht aber des Pfandrechts;[4] ein Rechtsvorschlag, durch den das Pfandrecht allein oder neben der Forderung bestritten werden will, muß dies ausdrücklich[5] bemerken. Der Schuldner kann nicht im Rechtsöffnungs- oder ordentlichen Verfahren seine Einreden auf die Bestreitung des Pfandrechts ausdehnen, wenn dieses nicht bereits im Rechtsvorschlag bestritten wurde. Wird das Pfandrecht nur teilweise bestritten, so darf analog (Art. 69 und 74 Al. 2) angenommen werden, daß der Schuldner genau anzugeben verpflichtet ist, welcher Teil des Pfandrechts bestritten wird. Der Rechtsvorschlag ist sonst ungültig.

Das Bundesgericht glaubt als Anomalie dem Betreibungsamt die Kompetenz zuerkennen zu können, die Zulässigkeit der Betreibung auf Pfandverwertung zu beurteilen, wenn aus den Angaben des betreibenden Gläubigers hervorgeht, daß es bestimmt an den notwendigen Voraussetzungen dieser Betreibungsart mangelt.[6] Der Ansicht des Bundesgerichtes kann zugestimmt werden für den Fall, daß das Betreibungsamt ohne jegliche Prüfung auf den ersten Blick diese Mängel erkennt und sich nicht etwa auf eine Prüfung der materiellen Verhältnisse einlassen muß.[7] Da eine solche Abweisung meistens ohne nähere Prüfung nicht möglich ist, wird das Betreibungsamt selten in die Lage kommen, von dieser ihm vom Bundesgericht erteilten Kompetenz Gebrauch zu machen.

Die Bestimmung der VZG (Art. 85) ist nur für die Betreibung auf Grundpfandverwertung vorgesehen, ist jedoch auch auf die Faustpfandbetreibung auszudehnen.[8]

Ein erhobener Rechtsvorschlag bewirkt, daß das Betreibungsamt den Gläubiger auffordert, innert 10 Tagen entweder

[1] Vgl. §§ 9 und 12.
[2] BG 49 III 44; 52 III 35; SJZ IX 30; XXIV 140.
[3] BG 40 III 43; 49 III 46.
[4] BG 29 I 119.
[5] BG 49 III 44; 54 III 56; ZBJ 40. 93; anders BG 41 III 90; anders früher SJZ XXIII 330.
[6] BG 49 III 46.
[7] Im betr. Entscheid wurde dies aber getan.
[8] BG 54 III 56; A IV 81.

direkt Klage auf Anerkennung der Forderung oder Feststellung des Pfandrechtes anzuheben oder ein Rechtsöffnungsbegehren zu stellen. Wird dieses Begehren abgewiesen, so muß der Betreibende innerhalb 10 Tagen seit rechtskräftiger Abweisung den ordentlichen Prozeß auf Feststellung der Forderung oder des Pfandrechtes einleiten (Art. 93 VZG).

Hat der Gläubiger den Rechtsvorschlag durch provisorische Rechtsöffnung beseitigt, so ist der Schuldner genötigt, die Aberkennungsklage anzuheben, wenn er die Fortsetzung der Betreibung hindern will; eine provisorische Verwertung kann naturgemäß nicht stattfinden.

II. Stellung des Dritteigentümers

Dem Dritteigentümer ist früher im betreibungsrechtlichen Vorverfahren die Stellung eines Betriebenen nicht zuerkannt worden,[9] sondern er war zur Geltendmachung seines Rechtes an der zu verwertenden Sache an das Verfahren nach Art. 106 bis 109 gebunden. Die Praxis hat sich in dieser Beziehung geändert.[10]

Eine Betreibung auf Verwertung des einem Dritten gehörenden Pfandes ist ebensosehr gegen den Dritteigentümer wie gegen den Schuldner selbst gerichtet,[11] gegen diesen persönlich, gegen jenen im Umfang des Pfandes. So kann der Dritteigentümer auch als passives Subjekt der Betreibung, als Betriebener betrachtet werden.[12] Die Bestimmung des Art. 153 Al. 2 (Zustellung einer Ausfertigung des Zahlungsbefehls an den Dritteigentümer) ist nicht mehr lediglich Ordnungsvorschrift, sondern zwingendes Recht. Der Dritteigentümer erhält als Betriebener einen eigenen Zahlungsbefehl und damit die Möglichkeit Recht vorzuschlagen. Ihm gleichgestellt ist derjenige, der im Laufe der Betreibung das Pfand zu Eigentum erwirbt, sofern nicht bereits eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch vorgemerkt worden ist[13] (Art. 100 Al. 2 VZG).

Eine Verwertung ist deshalb unzulässig, solange nicht dem Dritteigentümer ein Zahlungsbefehl zugestellt worden ist und er seine Rechte hat geltend machen können. So ist besonders die Zahlungsfrist des Art. 152 Z. 1 auch dem Dritteigentümer gegenüber abzuwarten.[14]

Will der Dritteigentümer, der jetzt Betriebener ist, den Bestand oder die Fälligkeit der Betreibungsforderung oder den

[9] BG 23. 250; 24 I 28.

[10] Jaeger, Art. 153 N 2; Jaeger hat diese Aenderung schon früher befürwortet. BG 38 I 97; 41 III 53; 42 III 1; 42 III 7; 42 III 16; 52 III 31.

[11] BG 41 III 53.

[12] BG 52 III 31; früher anders ZSR II 310.

[13] BG 42 III 1.

[14] BG 41 III 53.

Bestand des Pfandrechtes bestreiten, so bleibt er nicht mehr wie früher auf das Widerspruchsverfahren verwiesen, sondern es steht ihm der Rechtsvorschlag zur Verfügung.[15] Der Rechtsvorschlag kann nur im Anschluß an den gemäß Art. 153 Al. 2 zugestellten Zahlungsbefehl erklärt werden.[16] Der Dritteigentümer des Pfandes befindet sich deshalb in der genau gleichen Stellung wie der Schuldner.[17]

Die neue Praxis gründet sich vor allem auf die materiellrechtliche Stellung[18] des Dritteigentümers (ZGB Art. 831), wenigstens was die Grundpfandbetreibung anbetrifft. Art. 831 ZGB bestimmt, daß bei Grundpfandverschreibung die Kündigung der Forderung durch den Gläubiger gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache, der nicht Schuldner ist, erst dann wirksam sei, wenn sie gegenüber beiden, Schuldner und Eigentümer, vorgenommen wurde. Bis dahin gilt die Forderung gegenüber dem Dritteigentümer nicht als fällig und kann somit auch nicht in Betreibung gesetzt werden. Diese Einrede geht nicht gegen den Bestand des Pfandrechtes oder gegen die Haftung der Pfandsache, sondern gegen das Recht, die Forderung auf dem Betreibungswege geltend zu machen (Art. 69 Z. 3). Widersetzt sich der Dritteigentümer unter Berufung auf ZGB Art. 831 der Versteigerung seines Grundstückes zugunsten des Pfandgläubigers, so macht er nicht ein selbständiges, dem in Betreibung gesetzten Pfandrecht entgegenstehendes dingliches oder Besitzesrecht geltend, sondern er bestreitet die Fälligkeit der Forderung, wie das der Schuldner auch tun kann. Der Streit hierüber hat einen ganz andern Charakter, als das Widerspruchsverfahren nach Art. 106—109, auf das der Dritteigentümer bisher verwiesen wurde.[19] Es handelt sich im Widerspruchsverfahren um einen Streit um die gepfändete oder im Pfandnexus befindliche Sache, der die Feststellung der materiellrechtlichen Verhältnisse (mit Wirkung nur im betreffenden Betreibungsverfahren) bezweckt. Deshalb allein rechtfertigt sich denn auch im Widerspruchsverfahren die verschiedene Verteilung der Parteirollen je nach dem Gewahrsam an der Sache.

Was aber für die Grundpfandverschreibung gilt, ist nach Art. 845 ZGB auch auf den Schuldbrief anwendbar, indem dem Eigentümer der Pfandsache sämtliche Einreden zustehen, die der Schuldner selbst geltend machen kann.[20] Der Dritteigentümer kann sich deshalb nicht nur auf die mangelnde Fällig-

[15] BG 42 III 16.
[16] Dieser Zahlungsbefehl ist eine Abschrift des für den Schuldner bestimmten; Art. 88 und 100 VZG italienischer Text; BG 52 III 31.
[17] BG 42 III 7; ZR 13. 173; 17. 89.
[18] BG 38 I 97.
[19] Jaeger, Art. 153 N 2; BG 38 I 97.
[20] BG 38 I 97.

keit der Forderung, sondern auch auf die Einrede berufen, daß die Forderung überhaupt nicht bestehe, durch Tilgung oder sonstwie untergegangen, anfechtbar sei usw. Ueber diese Einreden muß gerichtlich entschieden sein, bevor das Drittpfand verwertet wird. Da dies aber im Widerspruchsverfahren nach Art. 155 in der Betreibung auf Pfandverwertung erst eingeleitet werden kann, nachdem der Gläubiger das Verwertungsbegehren gestellt hat, ergibt sich daraus vollends die Notwendigkeit, dem Dritteigentümer des Pfandes (speziell des Grundpfandes) bereits im betreibungsrechtlichen Vorverfahren dieselbe Rechtsstellung zukommen zu lassen, wie dem betriebenen Schuldner selbst;[21] d. h. die Zustellung des Zahlungsbefehls muß auch für den Dritteigentümer die Bedeutung haben, daß er Rechtsvorschlag erheben und sich damit der Inanspruchnahme seiner Liegenschaft widersetzen kann, solange der betreibende Gläubiger nicht vom Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlages erwirkt hat. Der Gläubiger, dessen Forderung einredeweise bestritten wird, hat dieser Einrede gegenüber stets klagend aufzutreten.

Diese Grundsätze werden auch in der Faustpfandverwertungsbetreibung angewendet, weil keine materiellrechtlichen und auch keine zwingenden betreibungsrechtlichen Gründe entgegenstehen. Da die Interessen des Dritteigentümers in der ordentlichen Betreibung und in der Betreibung auf Pfandverwertung dieselben sind, so müssen diese konsequenterweise auch exekutionsrechtlich gleich behandelt werden.

Das Ausschlaggebende und Anerkennenswerte der neuen Praxis ist der Umstand, daß man der materiellrechtlichen Stellung des Dritteigentümers unter der Herrschaft des ZGB nunmehr gerecht wird, was auch praktisch befriedigen kann.

---

[21] BG 38 I 97.